Autorité belge
de la Concurrence

Stimuler la concurrence et prévenir les pratiques anticoncurrentielles dans les marchés publics

Guide de bonnes pratiques à l'usage des acheteurs publics

(Projet soumis à consultation publique)

Autorité belge de la Concurrence

Table des matières

I. Avant-propos 3

II. Pourquoi ce guide ? 4

III. Les enjeux de la concurrence dans les marchés publics 5

III.1 L'importance d'une concurrence saine et loyale dans les marchés publics 5

III.2 Quelles pratiques sont susceptibles de fausser la concurrence ? 7

III.2.1 Introduction 7

III.2.2 Le bid rigging 7

III.2.3 L'abus de position dominante 14

III.2.4 Pratiques de l'acheteur public susceptibles de fausser la concurrence 15

IV. De la planification stratégique à l'exécution des marchés publics : comment renforcer la concurrence et l'innovation ? 17

IV.1 Planification stratégique des marchés publics 17

IV.1.1 Identifier clairement les besoins et rechercher les solutions adaptées 18

IV.1.2 Comment effectuer une analyse de marché ? 19

IV.2 Optimisation de la conception pour plus de concurrence 24

IV.2.1 Objet, spécifications techniques, critères de sélection et d'attribution 24

IV.2.2 Type de procédure de passation 30

IV.3 Vigilance lors de la soumission des offres et de leur évaluation 31

IV.3.1 Comment minimiser les risques de coordination avant la soumission des offres ? 31

IV.3.2 Quels sont les signaux d'alerte à surveiller lors de l'évaluation des offres ? 33

IV.3.3 Que faire en présence de ces signaux d'alerte ? 37

IV.4 Suivi du marché public et de son exécution 37

IV.4.1 La sous-traitance suspecte 37

IV.4.2 Les ententes dans le cadre de l'exécution du marché public 39

IV.5 Autres recommandations générales en faveur d'une bonne gouvernance dans les marchés publics 40

IV.5.1 Assurer un juste équilibre entre transparence et confidentialité 40

IV.5.2 La digitalisation et la centralisation des informations des marchés publics 49

V. Comment réagir en cas de soupçons de pratiques anticoncurrentielles ? 49

VI. Comment obtenir réparation du préjudice subi en cas d'infraction ? 53

Annexe 1 : Exemple de tableau de suivi des marchés publics 55

Autorité belge de la Concurrence

I. Avant-propos

Les marchés publics mobilisent des ressources importantes et jouent un rôle essentiel dans le fonctionnement de l'économie belge. Lorsqu'ils sont affectés par des pratiques anticoncurrentielles, c'est l'ensemble du système économique qui en pâtit : les acheteurs publics paient souvent un prix supérieur à la valeur réelle des prestations, la qualité peut s'en trouver dégradée et, en définitive, les contribuables supportent le coût d'une utilisation inefficace des fonds publics.

L'Autorité belge de la concurrence (ci-après, "l'Autorité") souhaite renforcer sa collaboration avec les acheteurs publics et faire d'eux des partenaires dans la détection d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles. En première ligne lors de la passation des marchés, ils sont les mieux placés pour repérer les comportements ou les schémas inhabituels. Leur vigilance, leurs observations et leurs retours d'expérience constituent un atout précieux pour détecter plus rapidement les atteintes à la concurrence.

C'est pourquoi l'Autorité les encourage à lui signaler toute préoccupation ou tout élément suspect, même de manière informelle. Cette démarche n'a ni vocation à sanctionner les acheteurs, ni à s'immiscer dans la gestion de leurs marchés. Elle vise avant tout à les accompagner et à les soutenir dans leurs missions, en leur permettant de bénéficier de l'expertise de l'Autorité. Grâce à ses pouvoirs d'investigation et d'analyse économique, l'Autorité peut écarter ou confirmer l'existence d'infractions aux règles de la concurrence sur la base des indices observés par les acheteurs. C'est donc en conjuguant leurs forces – l'expertise de terrain des acheteurs et les moyens d'enquête de l'Autorité – qu'il devient possible de détecter, corriger et, le cas échéant, de sanctionner efficacement les comportements anticoncurrentiels dans les marchés publics.

Ce guide s'inscrit dans une démarche de sensibilisation et de coopération à long terme. Il constitue une première étape dans un programme plus large, qui comprendra notamment des formations et d'autres projets de communication dédiés aux marchés publics. L'Autorité souhaite construire avec les acheteurs un partenariat durable, fondé sur la confiance, la transparence et la prévention.

Afin de faire de l'acheteur public un acteur clé d'une commande publique plus efficace, équitable et concurrentielle, le guide adopte une approche globale : il ne se limite pas à l'énumération des signaux d'alerte (« *red flags* ») lors de la soumission des offres, mais couvre également les étapes en amont, notamment la planification et la conception des marchés, où se joue souvent la capacité à préserver la concurrence.

Parmi les thèmes abordés dans ce guide, figurent notamment :

- les principes et enjeux d'une concurrence saine dans les marchés publics ;
- les formes courantes de pratiques anticoncurrentielles et leurs signaux d'alerte ;
- les bonnes pratiques pour planifier et concevoir les marchés, évaluer les offres et suivre l'exécution des marchés, tout en maximisant la concurrence ;
- les mécanismes de détection, de réaction et de coopération avec l'Autorité en cas de soupçons d'infraction ;
- les moyens de recours et de réparation en cas de préjudice subi.

L'Autorité est pleinement consciente des responsabilités et des contraintes qui pèsent sur les acheteurs publics, confrontés à des procédures complexes et à une réglementation dense. Son ambition n'est pas d'alourdir leurs tâches, mais de leur proposer quelques réflexes simples, concrets et utiles, susceptibles de faire une réelle différence dans la prévention des pratiques anticoncurrentielles et l'amélioration de leurs politiques d'achat.

II. Pourquoi ce guide ?

1. Les marchés publics[1] occupent une place importante dans l'économie belge. Ils représentent environ 15% du produit intérieur brut (PIB) et près de 28% des dépenses publiques totales[2], ce qui en fait un outil essentiel pour les acheteurs publics[3]. En 2024, plus de 20.000 marchés publics ont été publiés, pour un volume global d'achat dépassant les 85 milliards d'euros[4].

2. La concurrence constitue un pilier du bon fonctionnement des marchés publics et garantit une utilisation efficace de l'argent du contribuable. En assurant des conditions de concurrence ouvertes, équitables, transparentes et non-discriminatoires dans les processus de passation des marchés publics, les acheteurs publics maximisent leurs chances d'obtenir des offres optimales, tant en termes de prix que de qualité des produits et services concernés. Une concurrence saine incite également les entreprises à innover, à améliorer leurs processus, leurs produits et leurs services, dans l'objectif de se démarquer. En ce sens, une concurrence saine bénéficie aux acheteurs publics mais également aux consommateurs. Dans cette perspective, assurer la participation d'entreprises de toutes tailles aux marchés publics permet de garantir la diversité des offres et de renforcer la résilience de la chaine d'approvisionnement du secteur public[5].

3. Au-delà de leur contribution à l'économie, les marchés publics peuvent servir d'instruments pour atteindre des objectifs plus larges de politique publique, notamment en lien avec la transition écologique, la transformation numérique ou la promotion de l'innovation. Ils offrent aux acheteurs publics la possibilité de soutenir le développement de biens et de services innovants, capables de répondre aux défis techniques, environnementaux et sociaux actuels[6]. Toutefois, ces objectifs ne peuvent se concrétiser efficacement que dans un environnement concurrentiel sain et équilibré.

4. Or, plusieurs éléments peuvent entraver le bon fonctionnement de la concurrence au sein des marchés publics. Les pratiques anticoncurrentielles, telles que les soumissions concertées (communément appelées « *bid rigging* ») et les abus de position dominante, faussent le processus concurrentiel et menacent directement l'efficacité et l'intégrité des procédures de passation. De telles pratiques conduisent souvent à des offres plus onéreuses et/ou de moindre qualité, privant les acheteurs publics et les consommateurs des bénéfices de marchés publics compétitifs. Selon l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques (« OCDE »), l'élimination du *bid rigging* pourrait contribuer à réduire les prix d'achat de 20% ou plus[7]. Par ailleurs, certains comportements des acheteurs publics — souvent motivés par

---

[1] Le terme « marché public » au sens du présent guide doit être interprété de manière large. Les règles et recommandations en matière de concurrence qui y sont exposées s'appliquent *mutatis mutandis* aux concessions et contrats publics.

[2] OCDE, Panorama des administrations publiques 2023, poids des marchés publics, p. 129 disponible ici : Panorama des administrations publiques 2023 | OCDE

[3] Le terme « acheteur public » au sens du présent guide doit être entendu comme toute personne physique ou morale qui achète des biens, services ou travaux dans le respect des règles de la commande publique, que ce soit dans les marchés publics relevant des secteurs classiques, spéciaux ou dans les concessions.

[4] Fondation Marchés publics, Tenderbaromètre 2024 disponible ici: https://www.fondationmarchespublics.org/initiatieven/tender-barometre/

[5] OECD (2025), Implementing the OECD Recommendation on Public Procurement in OECD and Partner Countries: 2020-2024 Report, OECD Public Governance Reviews, OECD Publishing, Paris, p. 23 disponible ici: https://doi.org/10.1787/02a46a58-en.

[6] Voir notamment les objectifs européens établis dans le cadre du pacte vert pour l'Europe, de la décennie numérique et de la politique sociale de l'Union européenne : https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/economy-works-people_fr.

[7] OCDE, Competition policy in Eastern Europe and central Asia, bid rigging, 25 January 2025, p.10: https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/networks/regional-centre-for-competition-in-eastern-europe-and-central-

des considérations pratiques ou organisationnelles — peuvent involontairement réduire la concurrence en limitant le nombre ou la diversité des soumissionnaires.

5. Consciente de ces enjeux, l'Autorité considère les marchés publics comme un secteur d'intervention prioritaire[8]. A cette fin, elle agit principalement sur la base des articles IV.1 du Code de droit économique (« CDE ») et de l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (« TFUE »), qui interdisent les accords anticoncurrentiels. Plus occasionnellement, elle intervient également sur la base des articles IV.2 CDE et 102 TFUE, qui interdisent les abus de position dominante.

6. Le présent guide constitue une mise à jour de la version publiée en 2017[9]. Il vise à fournir aux acheteurs publics un outil pratique et accessible pour mieux identifier les risques de pratiques anticoncurrentielles et adopter les bons réflexes à chaque étape du processus de passation des marchés publics (**point IV**). Ce guide s'inscrit dans une démarche à la fois de sensibilisation et de coopération. En tant qu'acteurs de première ligne, les acheteurs publics jouent un rôle déterminant dans la détection de comportements suspects et la préservation d'une concurrence effective au sein des marchés publics. Leur coopération active et continue avec l'Autorité constitue un levier clé pour garantir l'intégrité et la performance des procédures de passation (**points V et VI**). L'efficacité des marchés publics repose ainsi sur une responsabilité partagée et sur la mobilisation des expertises de tous les acteurs concernés, au service de pratiques d'achat plus transparentes, équitables et efficientes.

7. Les recommandations contenues dans ce guide ont été élaborées dans un souci de répondre à la grande diversité des acheteurs, quelles que soient leur taille, leur structure ou leur expérience. Pour atteindre cet objectif, l'Autorité a mené un travail de concertation avec un large éventail de parties prenantes : acheteurs publics de toutes tailles, réseaux d'experts, avocats spécialistes en marchés publics, autorités de contrôle[10]. Cette approche collaborative a permis de formuler des recommandations aussi concrètes, adaptables et représentatives que possible de la pluralité des pratiques existantes. Chaque acheteur public est ainsi invité à les adapter à sa propre réalité et à son mode de fonctionnement[11].

III. Les enjeux de la concurrence dans les marchés publics

III.1 L'importance d'une concurrence saine et loyale dans les marchés publics

8. Un marché public concurrentiel est un marché permettant la participation effective du plus grand nombre possible d'opérateurs économiques indépendants dans des conditions d'égalité de traitement, de transparence et de non-discrimination garantissant une

asia/oecd-gvh-centre-newsletter-jan-2025.pdf/_jcr_content/renditions/original./oecd-gvh-centre-newsletter-jan-2025.pdf; ; https://web-archive.oecd.org/2024-06-29/67241-fightingbidrigginginpublicprocurement.htm

[8] Autorité belge de la concurrence, Notes de priorités 2025, 29 avril 2025, p. 14.

[9] Autorité belge de la concurrence (2017), « Collusion dans les marchés publics : Un guide pour les acheteurs chargés des marchés publics ».

[10] L'Autorité remercie l'ensemble des parties prenantes ayant contribué à l'élaboration du présent guide — avocats spécialisés en marchés publics et académiques, autorités de tutelle de la Région wallonne et de la Région de Bruxelles-Capitale (SPRB), SPF Économie, SPF Affaires étrangères, SPF Intérieur, SPF Chancellerie, UCVW, VVSG, Brulocalis, BOSA, Infrabel, Fondation Marchés publics, Beliris, et l'Inspection des Finances — pour leurs observations et échanges constructifs. Leur participation ne saurait toutefois être interprétée comme une approbation du contenu final du guide, qui reflète uniquement la position de l'Autorité.

[11] Ce guide ne constitue pas une interprétation officielle de la réglementation relative aux marchés publics. Il vise uniquement à fournir des recommandations pratiques dans une optique de sensibilisation et de prévention des risques concurrentiels.

concurrence réelle et qualitative entre les participants[12]. Pour qu'une telle concurrence puisse s'exercer, chaque opérateur doit se comporter de manière autonome et indépendante vis-à-vis des autres. Ce fonctionnement induit un certain degré d'incertitude quant aux intentions et stratégies des concurrents. C'est précisément cette incertitude qui amène les opérateurs économiques à se surpasser, à innover et à proposer des offres compétitives afin de remporter le marché. Si chaque opérateur connaît à l'avance les intentions de ses concurrents ou collabore secrètement avec eux, le degré d'incertitude sur le marché, qui est un moteur de l'émulation et l'innovation, disparaît.

9. Les acheteurs publics doivent par ailleurs veiller à préserver la concurrence et éviter tout comportement pouvant fausser le jeu concurrentiel, notamment le favoritisme. A cet égard, la règlementation relative aux marchés publics repose sur plusieurs principes fondamentaux qui visent à garantir des marchés publics concurrentiels[13]:

Principes	Portée
Egalité de traitement	Tous les opérateurs économiques doivent être traités de manière identique, à chaque étape du marché public, de la planification à l'exécution[14]. Cela favorise une concurrence loyale et ouverte.
Concurrence	Les acheteurs publics ne peuvent concevoir un marché public dans l'intention de le soustraire à la loi sur les marchés publics ou de limiter artificiellement la concurrence (ex : dans l'intention de favoriser/défavoriser indûment certains opérateurs économiques).
Transparence	Les règles du jeu doivent être claires et accessibles à tous, de manière à garantir l'égalité de traitement entre les opérateurs économiques. Cela se traduit par : ➢ un appel à la concurrence ouvert à tous les opérateurs économiques, y compris les petites et moyennes entreprises (« PME »), les informant en temps utile de la passation d'un marché public ; ➢ la publicité des règles gouvernant la procédure d'attribution, afin que tous les candidats, quel que soit leur profil (PME, grandes entreprises, etc.) aient accès aux mêmes informations sur la procédure d'attribution et puissent participer au marché sur pied d'égalité ; ➢ la possibilité de vérification de la légalité de la procédure d'attribution par les opérateurs économiques.
Confidentialité	La confidentialité est une exception au principe de la transparence : ➢ Afin de garantir l'intégrité du processus de passation et de préserver le jeu normal de la concurrence, la divulgation de certains documents relatifs à la procédure de passation est

[12] Dans le présent guide, le terme « opérateur économique », doit être entendu au sens de la règlementation relative aux marchés publics et aux concessions.
[13] Chapitre 2 « Principes généraux » de la loi du 17 juin 2016 sur les marchés publics (ci-après, « loi sur les marchés publics »).
[14] Le principe d'égalité implique que tous les opérateurs économiques se trouvant dans une situation semblable doivent être traités de manière égale. Un traitement différencié est possible lorsque ceux-ci sont dans une situation différente.

	interdite tant que certaines décisions n'ont pas encore été prises[15]. ➢ Pour protéger les secrets techniques commerciaux ou autre type d'information confidentielle des soumissionnaires, l'acheteur public ne peut divulguer, sans limite dans le temps, aucune information communiquée à titre confidentiel par les soumissionnaires[16]. Voir **point IV.5.1** pour plus d'informations.
Proportionnalité	Les exigences imposées par l'acheteur public doivent être adaptées à l'objet du marché, afin de ne pas restreindre inutilement la concurrence.
Conflits d'intérêts	Les acheteurs publics doivent prendre les mesures nécessaires pour prévenir, détecter et corriger de manière efficace des conflits d'intérêts survenant lors de la passation et de l'exécution du marché, afin d'éviter toute distorsion de concurrence et d'assurer l'égalité de traitement de tous les opérateurs économiques[17].

III.2 Quelles pratiques sont susceptibles de fausser la concurrence ?

III.2.1 Introduction

10. Lorsque la concurrence est faussée dans le processus de passation d'un marché public, le résultat est rarement optimal car l'offre retenue a peu de chance d'être la plus avantageuse sur le plan économique. Elle est presque toujours plus onéreuse, de qualité inférieure et/ou mal adaptée aux besoins des acheteurs publics. Cette situation conduit à des dépenses publiques inefficaces, l'argent du contribuable étant gaspillé dans des prestations qui ne répondent pas aux exigences de qualité et/ou aux standards de performances, d'innovation ou d'efficience attendus d'un marché concurrentiel.

11. Les pratiques restrictives de concurrence dans le cadre des marchés publics peuvent consister en une soumission concertée (*bid rigging*) (**point III.2.2**) ou un abus de position dominante (**point III.2.3**) de la part des entreprises soumissionnaires. La concurrence peut également être faussée par certains comportements, souvent involontaires, imputables aux acheteurs publics (**point III.2.4**).

III.2.2 Le bid rigging

III.2.2.a Qu'est-ce que le bid rigging ?

12. Le *bid rigging* est une entente, souvent secrète, entre entreprises[18] dans le but de fausser la concurrence dans les procédures passation de marchés publics. Cette pratique conduit généralement à une augmentation artificielle des prix et/ou à une diminution de la qualité des produits et services faisant l'objet du marché public.

13. Il s'agit d'une forme de cartel, considérée comme l'une des infractions les plus graves en droit de la concurrence, au sens de l'article IV.1 CDE et de l'article 101 TFUE. Les participants à un

[15] Art. 13, § 1, alinéa 1er, première phrase de la loi sur les marchés publics.
[16] Art. 13, § 2 de la loi sur les marchés publics.
[17] Article 6 de la loi sur les marchés publics.
[18] En droit de la concurrence, la notion d'entreprise vise toute entité exerçant une activité économique, indépendamment de son statut juridique ou de son mode de financement. Cette activité économique est généralement comprise comme l'offre de biens ou de services sur un marché.

cartel encourent une amende pouvant atteindre jusqu'à 10% de leur chiffre d'affaires total mondial[19].

14. Le *bid rigging* est également une infraction pénale : l'article 314 du Code pénal sanctionne en effet de peines d'emprisonnement et d'amende le fait d'entraver la liberté des enchères ou des soumissions[20]. Le Code pénal prévoit à cet égard un mécanisme de coopération entre l'Autorité et le ministère public en cas de soumission d'informations par les personnes impliquées concernant les circonstances et les auteurs de ces infractions.

III.2.2.b Quelles sont les formes courantes de bid rigging ?

15. Le *bid rigging* peut prendre de nombreuses formes mais s'articule généralement autour de quatre grandes stratégies collusoires afin de fausser les procédures de passation des marchés publics:

- ***Répartition de marchés*** : les entreprises s'entendent pour ne pas se concurrencer sur (i) certains clients (par exemple chacune conserve ses clients historiques), (ii) certaines zones géographiques, (iii) certains lots ou encore (iv) des types de marchés publics (services, fournitures ou travaux). Les entreprises peuvent également s'entendre pour se répartir les marchés publics dans le cadre d'un accord-cadre (voir **point IV.4.2**).

- ***Offre de couverture*** : il s'agit d'une offre fictive soumise uniquement pour donner l'illusion d'une véritable concurrence, afin de garantir que l'entreprise désignée à l'avance remporte le marché et que les autres participantes à l'entente le perdent.

  Exemples :

  - L'offre est assortie de conditions notoirement inacceptables ou ne satisfait manifestement pas aux spécifications techniques et aux autres exigences du marché;
  - L'offre comporte des prix anormalement bas ou élevés, utilisés pour être écarté de la procédure en application de la règlementation des marchés publics[21] ;
  - L'offre est faite par des sociétés fictives[22] ;
  - Les autres offres relatives au marché émanent de filiales du soumissionnaire[23].

- ***Non-soumission ou suppression d'offres*** : les entreprises s'entendent pour ne pas soumettre d'offre ou pour retirer leur offre afin de garantir que le soumissionnaire désigné à l'avance remporte le marché public. Cette pratique peut également s'accompagner de pressions exercées sur l'acheteur public, par exemple sous la forme

[19] Article IV.79, § 1er CDE.

[20] Voir également l'article 541 du Code pénal 2024 qui entrera en vigueur le 8 avril 2026. Les peines prévue par le nouveau Code pénal peuvent consister en un emprisonnement de six mois à trois ans pour les personnes physiques et en une amende de 20.000 euros à 360.000 euros pour les personnes morales.

[21] Articles 35 à 37 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques (ci-après « l'arrêté royal relatif à la passation des marchés publics » ou « AR passation »). Le sujet des prix anormaux ainsi que son articulation avec les compétences de l'Autorité en matière de concurrence fera l'objet d'une publication ultérieure par l'Autorité, compte tenu des questions spécifiques qu'il soulève et qui dépassent le cadre du présent guide.

[22] Sociétés qui n'ont pas d'existence réelle, souvent créées pour des fins frauduleuses ou pour dissimuler une autre activité.

[23] Voir par exemple, le cartel dans le secteur de la construction impliquant la société PORR AG et ses filiales en Autriche. Les entreprises impliquées dans le cartel se sont entendues pour limiter la concurrence en s'aidant mutuellement à remporter des marchés publics de construction et s'assurer des parts de marché. Voir le communiqué de presse publié le 4 avril 2022 par l'Autorité autrichienne de la concurrence, disponible ici : https://www.bwb.gv.at/en/news/detail/construction-cartel-porr-group-decision-final.

d'un boycott destiné à le contraindre à modifier les spécifications techniques (ex. : une diminution du niveau de qualité requis) ou à attribuer le marché via une procédure non-concurrentielle, en réaction au comportement coordonné des entreprises.

> *Exemple* :
>
> Dans le cadre d'un marché public de services IT, trois soumissionnaires avaient initialement manifesté leur intérêt. L'un d'entre eux s'est toutefois retiré en cours de procédure tandis que les deux autres ont décidé de s'associer dans le cadre d'une sous-traitance, de sorte qu'il ne subsistait plus qu'un seul soumissionnaire effectif. Ce dernier a ensuite exigé des modifications aux conditions prévues dans le cahier spécial des charges.

- ***Rotation des offres*** : les entreprises continuent de participer aux marchés publics mais s'entendent pour que chacune remporte un marché à tour de rôle. Les critères utilisés pour assurer une rotation et se répartir les marchés peuvent inclure la valeur ou le volume des marchés (ex : chaque entreprise obtient des contrats équivalents ou les marchés sont répartis en fonction de leurs parts de marché respectives).

16. Ces différentes pratiques ont toutes pour objectif de favoriser l'attribution du marché à un soumissionnaire prédéterminé, tout en préservant l'illusion d'une procédure de passation concurrentielle. Une entente entre entreprises en vue de manipuler le résultat d'un marché public peut combiner plusieurs des formes évoquées ci-dessus.

> *Etude de cas n°1:*
>
> **Décision n°ABC-2017-I/O-16-AUD du 02 mai 2017 dans l'affaire CONC-I/O-13/0031 – Infrabel**
>
> - **Répartition des appels d'offres** (*Request for Quotation*, « RFQ ») entre ABB SA, Siemens SA, AEG Belgium, Schneider Electric Energy Belgium SA et Sécheron SA dans le cadre d'un marché public passé sous la forme d'un accord-cadre concernant un lot de postes compacts pour des sous-stations de traction et un lot de postes compacts pour des postes de sectionnement.
> - Le cartel portait sur les prix des offres mais aussi sur les réponses à donner aux exigences techniques supplémentaires et les demandes d'adaptation d'Infrabel ou encore la facturation de travaux complémentaires.
> - *Modus operandi* :
> - Pour chaque RFQ, les entreprises soumissionnaires s'entendaient à l'avance sur celle qui allait remporter la commande ;
> - Les commandes étaient réparties entre les soumissionnaires en fonction des critères suivants :
> - Les commandes précédemment allouées ;
> - Les préférences respectives des soumissionnaires ;

- Les préférences de l'acheteur public que celui-ci avait informellement fait connaître afin de garantir une certaine standardisation par zone ;

➢ Pour s'assurer que le soumissionnaire désigné remportait bien la commande qui lui avait été attribuée au sein du cartel :

- Soit le soumissionnaire désigné communiquait le prix qu'il avait l'intention de présenter, prix en dessous duquel les autres soumissionnaires ne pouvaient pas descendre ;
- Soit les soumissionnaires communiquaient les prix qu'ils envisageaient de remettre ; il suffisait alors au soumissionnaire désigné de présenter un prix en deçà.

Etude de cas n°2 :

Décision n° BMA-2024-I/O-25-AUD du 2 juillet 2024 dans l'affaire MEDE-I/O-20/0008-Sécurité privée

- **Coordination sur les prix et répartition de marchés** entre trois sociétés de services de sécurité (Securitas SA, G4S Secure Solutions SA et Seris Security SA) dans le cadre de procédures de marchés publics pour la fourniture de services de sécurité privée en Belgique.
- Les entreprises concernées ont conclu entre elles divers accords concernant leur participation à des marchés publics. Plus concrètement :
  - ➢ elles ont convenu à l'avance de qui était intéressé par quel contrat et se sont accordées sur l'attribution de chaque contrat ;
  - ➢ elles ont respecté la position mutuelle existante dans certains contrats ;
  - ➢ elles se sont accordées en vue de répondre uniquement aux demandes d'anciens clients personnels pour des contrats spécifiques ;
  - ➢ elles se sont accordées en vue de coordonner leurs prix, et ont échangé des informations sur les tarifs horaires, les marges et les tarifs minimums ;
  - ➢ elles ont convenu de contreparties pour certains contrats.
- Les entreprises concernées ont **appliqué des taux horaires minimaux** pour les prestations d'agents de sécurité, tels qu'établis au sein de l'association professionnelle à laquelle elles appartenaient, afin de conserver et d'obtenir une certaine marge bénéficiaire dans les marchés actuels et futurs – un modèle d'indexation des coûts a été utilisé à cette fin.
- Elles ont également convenu **de ne pas démarcher les employés l'une de l'autre** (« *no poach* »).

Etude de cas n°3 :

Décision n°ABC-2024-I/O-27-AUD du 8 juillet 2024 dans l'affaire CONC-I/O-18/0014 – Protection incendie

- **Répartition de clientèle** impliquant également la **non-soumission d'offres et la remise d'offres de couverture.**
- Les entreprises concernées (ANSUL/SOMATI FIE, SICLI) se sont entendues pour se répartir la clientèle dans le cadre de marchés publics relatifs à la vente, l'entretien et la location d'extincteurs et/ou de dévidoirs. Cette clientèle était composée d'institutions publiques communales, provinciales, régionales, de CPAS, d'établissements d'enseignement, de sociétés de logement public et de sociétés de transport public.
- *Modus operandi* :
  - La clientèle concernée devait être à la fois « existante », c'est-à-dire déjà approvisionnée par l'entreprise sollicitant la mise en œuvre de l'entente, et « exclusive », en ce sens qu'elle n'était pas fournie par les autres entreprises parties à l'entente ;
  - L'entreprise concernée devait émettre une demande de non-concurrence auprès des autres entreprises participantes au cartel, qui devait être acceptée par les autres entreprises – en l'absence d'une telle demande et de son acceptation, l'entente n'était pas mise en œuvre ;
  - La demande de non-concurrence se faisait de manière verbale (principalement par téléphone) ;
  - Lorsque la demande de non-concurrence était acceptée, elle se concrétisait par l'absence de participation au marché ou, plus rarement, par des offres de couverture où les prix étaient artificiellement plus élevés que ceux de l'entreprise de protection incendie à laquelle le marché devait être attribué selon l'accord.

III.2.2.c Quels sont les mécanismes de compensation, de contrôle et de sanction pouvant accompagner le bid rigging ?

17. Le *bid rigging* peut s'accompagner de **mécanismes de compensation** destinés à répartir les avantages économiques obtenus grâce à la manipulation du marché public. Ces mécanismes permettent notamment de maintenir la cohésion au sein de l'entente et d'inciter les membres à en respecter les termes.

Exemples :

- Sous-traitance : l'entreprise volontairement évincée est intégrée à l'exécution du marché comme sous-traitante du soumissionnaire retenu (voir **point IV.4.1**);
- Accord de fourniture ou de livraison : l'entreprise qui a remporté le marché s'engage à commander des biens ou services aux autres entreprises membres de l'entente ;
- Rémunération directe : l'entreprise qui doit perdre ou s'abstenir de soumettre une offre reçoit une compensation financière. Une telle compensation peut prendre la forme de paiements en espèces, factures frauduleuses ou même être plus subtile

et, par exemple, prendre la forme d'un loyer exorbitant pour un terrain appartenant à l'entreprise devant être compensée[24].

18. Le *bid rigging* peut également comporter des **mécanismes de contrôle** de l'application de l'entente par ses membres, dans le but que tous respectent leur rôle dans la manipulation de la procédure de passation.

19. Enfin, le *bid rigging* peut aussi inclure des **mesures de rétorsion** visant à sanctionner les membres qui ne respectent pas l'entente, par exemple s'ils soumettent une offre gagnante alors qu'il était convenu qu'ils perdent. Ces sanctions peuvent, par exemple, inclure l'exclusion temporaire ou permanente de futurs partages de marché ou le refus de compensation.

III.2.2.d Dans quels cas un marché est-il vulnérable au bid rigging ?

20. Tous les secteurs économiques peuvent être touchés par le *bid rigging*. Cependant, certains marchés revêtent des caractéristiques liées à l'offre et/ou à la demande qui peuvent faciliter ou stabiliser la coordination entre entreprises, créant ainsi un environnement propice au *bid rigging*. Il s'agit notamment des éléments suivants :

Caractéristiques du côté de l'offre (entreprises soumissionnaires)[25]:

- Concentration élevée du marché : moins il y a d'acteurs sur le marché, plus il leur est facile de se coordonner pour manipuler le marché, d'où l'importance d'une prospection de marché en amont (voir **point IV.1**) et d'encourager une participation élargie aux marchés publics via la procédure de passation choisie, les spécifications techniques, les critères de sélection et d'attribution (voir **point IV.2**) ;
- Symétrie entre acteurs du marché : des entreprises ayant des structures de coûts, des capacités de production, des niveaux d'investissements et des parts de marché similaires, peuvent plus facilement convenir d'une ligne de conduite commune ;
- Entrée faible ou inexistante sur le marché en raison de coûts élevés ou autres barrières à l'entrée : les entreprises opérant sur le marché en question sont protégées contre la pression concurrentielle de nouveaux entrants ;
- Absence ou rareté de substituts : lorsque les acheteurs publics n'ont que peu ou pas d'alternatives ou définissent l'objet du marché de façon trop étroite, les entreprises peuvent plus aisément recourir à une soumission concertée ;
- Produits, services ou travaux identiques, similaires ou très simples : lorsque les produits, les travaux ou les services sont identiques, très similaires ou simples, ils tendent à devenir interchangeables, ce qui facilite la conclusion d'une entente sur une structure de prix commune ;
- Absence ou faible niveau d'innovation : une innovation limitée, voire absente, conduit à des produits, services ou travaux peu différenciés. Cette homogénéité facilite la coordination entre entreprises, qui peuvent plus aisément s'entendre sur les prix ou la répartition des marchés. À l'inverse, un environnement innovant

[24] Voir notamment la décision de l'Autorité française de la concurrence n°13-D-09 du 17 avril 2013 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché de la reconstruction des miradors du centre pénitentiaire de Perpignan, pour un cas de compensation prenant la forme d'un « surloyer ».

[25] OCDE (2025), Lignes directrices de l'OCDE sur la lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics – Mise à jour 2025, Éditions OCDE, Paris, pp. 12-13, disponible ici : https://doi.org/10.1787/e82724e8-fr

favorise les écarts de performance entre concurrents, ce qui complique la mise en place et le maintien d'une entente ;

- Présence d'associations professionnelles ou de réseaux informels : ces structures peuvent, dans certains cas, être détournées de leur vocation initiale. Elles peuvent devenir des lieux propices à l'échange d'informations commercialement sensibles entre concurrents et constituer un forum pour des soumissions concertées ;
- Bouleversement sociétal, chocs économiques ou marchés en déclin : ces situations peuvent inciter les entreprises à truquer leurs offres pour compenser des pertes par les gains liés aux pratiques de soumission concertée ou à profiter d'une situation atypique. Toutefois, la baisse de la demande, que ces situations peuvent engendrer, peut aussi rendre le maintien de l'entente plus difficile, car l'incitation à quitter l'entente et à capter les gains à court terme augmente sur un marché qui se contracte.

Caractéristiques du côté de la demande (acheteurs publics)[26]:

- Prévisibilité de la demande : une demande constante et prévisible de la part du secteur public tend à accroitre le risque de collusion – à l'inverse, des changements importants dans la demande peuvent déstabiliser de telles pratiques ;
- Procédures de passation répétées et similaires : des procédures de passation de marchés publics fréquemment répétées, des quantités similaires, des spécifications types de produits ou de services, sans modifications par rapport aux procédures antérieures, augmentent les risques de soumission concertée – la répétition et la similarité des procédures permettent en effet aux membres d'une entente de se répartir plus facilement les marchés entre elles et de leur garantir un « juste retour ».
- Forte focalisation sur le critère du prix : lorsque les acheteurs publics privilégient les offres standardisées en termes de qualité, de technologie ou de processus commercial, et se concentrent essentiellement sur le critère du prix, les entreprises peuvent plus facilement s'entendre sur des montants ou sur des tours de rôle ;
- Obligations (ou pratiques) de transparence et dérogations à la confidentialité : certaines dispositions légales applicables aux (ou pratiques des) acheteurs publics peuvent conduire ceux-ci à communiquer des informations potentiellement sensibles au sens du droit de la concurrence. Bien que licites dans le cadre de la règlementation relative aux marchés publics, ces communications peuvent, si elles ne sont pas mises en œuvre avec prudence, faciliter les soumissions concertées entre entreprises concurrentes et le contrôle du respect de l'entente par l'ensemble des parties[27] (voir **point IV.5.1**) ;
- Facteur comportemental : dans la pratique, les acheteurs publics peuvent avoir tendance à privilégier la continuité avec des fournisseurs connus, notamment lorsque les relations commerciales existantes donnent satisfaction. Dans ce contexte, la passation d'un nouveau marché peut être perçue davantage comme une contrainte administrative inutile que comme une occasion d'ouvrir le marché

[26] *Ibid*., pp.13-14.

[27] En particulier, l'article 13 de la loi sur les marchés publics permettant à l'acheteur public de communiquer des informations confidentielles d'un soumissionnaire avec son accord écrit à d'autres soumissionnaires dans certaines procédures négociées ou qui prévoit une communication du classement individuel provisoire dans certains cas (voir **point IV.5.1**).

à la concurrence et d'obtenir de meilleurs prix ou une meilleure qualité. Cette perception peut limiter la remise en cause des relations contractuelles établies.

III.2.3 L'abus de position dominante

III.2.3.a Contexte et enjeux dans les marchés publics

21. Certaines entreprises disposent d'un pouvoir de marché, leur permettant de se comporter de manière indépendante vis-à-vis de leurs concurrents, clients ou consommateurs. Dans les marchés publics, cette situation peut entrainer des prix artificiellement élevés, anormalement bas ou d'autres pratiques d'éviction de concurrents.

22. Lorsqu'une entreprise est soumise à une pression concurrentielle effective, elle est incitée à proposer des produits ou des prix compétitifs. A l'inverse, l'absence ou le faible degré de pression concurrentielle peut l'inciter à gonfler artificiellement ses prix.

III.2.3.b Qu'est-ce qu'une position dominante ?

23. Une entreprise est en position dominante lorsqu'elle peut, pendant une période donnée, faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en se comportant de manière largement indépendante vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs[28].

24. La taille de l'entreprise n'est pas déterminante: une petite entreprise peut dominer un marché local restreint tandis qu'une grande entreprise n'est pas forcément dominante.

25. Des parts de marché élevées (au-delà de 40%[29]) constituent un indice de position dominante, mais doivent être complétées par une analyse d'autres facteurs :

    - la pression concurrentielle exercée par les concurrents actuels ;
    - la menace crédible de l'expansion des concurrents actuels ou de l'entrée de concurrents potentiels ;
    - l'existence de barrières à l'entrée ou à l'expansion[30].

III.2.3.c Qu'est-ce qu'un abus de position dominante ?

26. La détention d'une position dominante n'est pas interdite en tant que telle. En revanche, elle fait peser une responsabilité particulière sur l'entreprise : son utilisation abusive constitue une infraction au droit de la concurrence[31]. Dans le cadre des marchés publics, deux formes d'abus sont occasionnellement susceptibles d'être observées :

    - **Prix prédateur** : ce type de pratique peut constituer un abus si le prix contenu dans l'offre est (i) inférieur aux coûts variables moyens ou (ii) situé entre les coûts variables moyens et les coûts totaux moyens, dans le cadre d'une stratégie visant à évincer des concurrents du marché[32] ;

---

[28] CJUE, arrêt du 14 février 1978, C-27/76, *United Brands Company*, EU:C:1978:22, §.65.

[29] Communication de la Commission relative aux orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, JO, 24.2.2009, JO C45/7. En dessous des 40%, une position dominante est peu probable à moins que les concurrents de cette entreprise ne soient pas en mesure d'exercer une pression concurrentielle suffisante, par exemple si les concurrents immédiats de cette entreprise ont des parts de marchés négligeables.

[30] Les barrières à l'expansion ou à l'entrée peuvent être juridiques (droits de propriété intellectuelle, licences, etc.), économiques (économies d'échelle, contrôle d'une infrastructure essentielle, réseau de distribution bien établie, etc.), en lien avec certains comportements d'une entreprise (rabais discriminatoires) ou la performance économique de l'entreprise.

[31] CJUE, arrêt du 9 novembre 1983, C-322/81, *Michelin*, EU:C:1983:313, § 57 ; CJUE, arrêt du 27 mars 2012, C-209/10, *Post Danmark*, EU:C:2012:172, § 23 ; CJUE, arrêt du 6 septembre 2017, C-413/14 P, *Intel c. Commission*, EU:C:2017:632, § 136.

[32] CJUE, arrêt du 3 juillet 1991, C-62/86, *AKZO Chemie BV c. Commission*, EU:C:1991:286, §§ 70-72.

- **Prix excessif** : il est considéré comme abusif lorsqu'il existe une disproportion manifeste entre le coût effectivement supporté par l'entreprise et le prix contenu dans l'offre et que ce prix est nettement plus élevé que celui proposé dans des circonstances comparables[33].

Etude de cas n°4 :

Décision du 22 mai 2017 de l'Autorité néerlandaise de la concurrence (ACM) relative aux pratiques de l'entreprise Nederlandse Spoorwegen dans le cadre d'une procédure de passation pour l'attribution d'une concession de transport public dans le Limbourg

- L'ACM a considéré que Nederlandse Spoorwegen (NS), principale entreprise ferroviaire des Pays-Bas, avait abusé de sa position dominante dans le cadre de l'appel d'offres pour les transports publics régionaux dans la province du Limbourg. Cette infraction aurait été commise lors de la participation de la NS à la procédure d'attribution de la concession de transport public lancée par la province pour la période 2016-2031.
- Selon l'ACM, la NS aurait notamment présenté une offre déficitaire, accompagnée d'un ensemble d'autres comportements visant à entraver la participation de ses concurrents à la procédure de passation.

Cette décision a toutefois été annulée par le tribunal de Rotterdam le 27 juin 2019, annulation confirmée par un arrêt de la Cour d'appel pour les affaires économiques du 1er juin 2021 :

- L'ACM n'avait pas suffisamment démontré que la NS occupait une position dominante sur le marché de l'exploitation (ou de l'exercice) de la concession. Plus précisément, l'ACM n'aurait pas suffisamment établi que la NS pouvait agir de manière largement indépendante de l'Etat, en tant que client.
- La Cour d'appel a cependant reconnu que l'ACM pouvait légitimement s'interroger sur le comportement de la NS dans le cadre de la procédure de passation mais a jugé que l'approche choisie et le raisonnement adopté n'étaient pas adéquats pour établir l'existence d'une position dominante dans ce contexte spécifique.[34]

III.2.4 Pratiques de l'acheteur public susceptibles de fausser la concurrence

27. Tout au long du processus de passation du marché public depuis sa planification jusqu'à son exécution, certaines pratiques de l'acheteur public peuvent, de manière souvent non-intentionnelle, fausser inutilement la concurrence. Dans certains cas, ces pratiques découlent d'un manque d'information ou de sensibilisation (voir **point IV.1**).

28. Cela peut notamment se produire lorsque le principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires n'est pas respecté, lorsqu'un marché public est affecté par un conflit

[33] CJUE, arrêt du 14 février 1978, C-27/76, *United Brands Company et United Brands Continentaal BV c. Commission européenne*, EU:C:1978:22, §§ 250-252.

[34] Cette affaire illustre la complexité de la qualification d'un abus de position dominante : bien que certains comportements puissent sembler anticoncurrentiels, le seuil probatoire exigé pour établir une position dominante reste élevé.
Plus récemment, la question de la conformité des pratiques néerlandaises dans le secteur ferroviaire a également fait l'objet d'un contentieux au niveau de l'Union européenne. En mai 2025, la Commission européenne a renvoyé les Pays-Bas devant la Cour de justice de l'Union européenne pour avoir attribué directement à la NS la concession ferroviaire nationale pour la période 2025-2033, en violation du règlement (CE) n° 1370/2007, qui impose une mise en concurrence. Cette procédure met en évidence la volonté de la Commission de renforcer l'ouverture à la concurrence du marché ferroviaire européen et de limiter les attributions directes jugées contraires aux règles de transparence et d'équité.
Commission européenne, communiqué de presse du 22 mai 2025, consulté le 8 octobre 2025, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_25_1648

d'intérêts ou des actes de corruption, ou encore lorsque l'acheteur public – parfois sans en avoir conscience et souvent pour des raisons qui peuvent sembler légitimes – adopte un comportement facilitant la mise en œuvre d'une soumission concertée.

Etude de cas n°5 :

Décision n°ABC-2017-I/O-16-AUD du 02 mai 2017 dans l'affaire CONC-I/O-13/0031 – Infrabel

Dans l'affaire précédemment évoquée (voir **§ 16**16) relative à un cartel dans le cadre d'un marché public organisé par Infrabel pour la fourniture de matériel électrique, le comportement d'Infrabel a renforcé la transparence du marché public.

En effet, certains agents d'Infrabel ont communiqué des informations sensibles ayant facilité la mise en place et le fonctionnement du cartel, notamment sur :

- les différents projets en cours et futurs ;
- le budget des futurs projets ;
- les prochains appels d'offres dans le contexte de l'accord-cadre (informations officieuses) ;
- les prix offerts par les concurrents ;
- les préférences d'Infrabel pour un fournisseur spécifique dans certaines zones géographiques locales.

Le rôle de l'acheteur public a été pris en compte comme circonstance atténuante lors de la détermination de l'amende infligée aux membres du cartel.

IV. De la planification stratégique à l'exécution des marchés publics : comment renforcer la concurrence et l'innovation ?

29. Lors du processus de passation d'un marché public, certaines pratiques peuvent fausser la concurrence, notamment lorsque :
    - des décisions ou exigences émanant des acheteurs publics réduisent inutilement le nombre potentiel de participants ;
    - un opérateur économique est, volontairement ou non, avantagé par rapport à d'autres ;
    - le degré d'incertitude quant aux comportements et stratégies des entreprises soumissionnaires est réduit, leur permettant de se livrer plus facilement à des soumissions concertées ;
    - une entreprise soumissionnaire est en position dominante et abuse de celle-ci pour pratiquer des prix anormalement bas/élevés.

30. Dans les sections suivantes, le présent guide analyse les phases principales du processus de passation lors desquelles des problèmes de concurrence peuvent survenir et propose des recommandations concrètes pour limiter les risques concurrentiels. Il est important d'examiner ces risques à ces différentes étapes car les pratiques susceptibles de fausser la concurrence peuvent varier selon le stade du processus (par exemple, lors de la préparation du marché, de la soumission des offres ou de l'exécution du marché). Une analyse étape par étape permet de repérer les phases les plus à risques et à soutenir les acheteurs publics dans la mise en place de mesures préventives adaptées.

IV.1 Planification stratégique des marchés publics

31. La planification d'un marché public est une étape cruciale pour la réussite du processus de passation. Elle correspond à la phase durant laquelle les informations nécessaires sont recueillies pour définir les besoins et identifier les solutions possibles permettant d'y répondre de manière appropriée[35].

32. Il est recommandé aux acheteurs publics d'élaborer un document interne de suivi, par exemple sous forme de tableau, recensant les marchés passés, en cours et à venir pour anticiper les besoins et lancer les procédures à temps. Cet outil facilite aussi l'identification d'éventuels schémas de comportement récurrents chez certains opérateurs économiques, ce qui peut contribuer à détecter plus tôt des risques de pratiques anticoncurrentielles (voir **point IV.5.2**).

Avantages d'une bonne planification du point de vue de la concurrence

Une bonne planification des marchés publics permet :

- **l'identification adéquate des besoins et des solutions adaptées**, ;
- **une gestion économique et financière plus efficace** ;
- **le renforcement de la transparence et de la concurrence**, ;
- **le choix de la procédure de passation la plus pertinente,** lorsque plusieurs options sont possibles, en fonction de l'objet du marché et du contexte ;

[35] Dans cette section, la question du recours à une centrale d'achat ainsi que les éventuelles préoccupations qu'elle peut soulever au regard du droit de la concurrence n'a pas été développée. Ce sujet fera l'objet d'une publication ultérieure par l'Autorité, en raison des questions spécifiques qu'il soulève et qui dépassent le cadre du présent guide.

- **la diminution du risque de devoir recourir à une procédure moins concurrentielle** (par exemple la procédure négociée sans publication préalable) en raison de l'échec de procédure initiale ;
- **l'établissement de délais réalistes pour préparer les offres.**

IV.1.1 Identifier clairement les besoins et rechercher les solutions adaptées

33. Le point de départ de tout marché public est l'identification claire et précise de besoins à satisfaire pour permettre à l'acheteur public d'accomplir sa mission. Une fois ces besoins définis, il est important de les confronter à la réalité économique, au moyen d'une analyse de marché (voir **point IV.1.2**). Cette étape permet de vérifier la faisabilité des attentes, d'adapter éventuellement le cahier des charges et d'assurer une adéquation optimale entre les besoins exprimés et les solutions disponibles.

34. Il est également essentiel de tenir compte de l'ensemble du cycle de vie des solutions envisagées, et non seulement de leur coût d'acquisition initial. Cette approche permet d'anticiper les coûts liés à l'utilisation, la maintenance, l'évolution et le remplacement de la solution dans le temps. Une attention particulière doit être portée aux situations où la faible interopérabilité d'une solution pourrait créer une dépendance vis-à-vis d'un fournisseur unique (par exemple, lorsque le produit implique un marché secondaire important : pièces détachées, mises à jour, services associés, etc.)[36]. Une telle dépendance peut, à terme, limiter la concurrence et accroître les coûts pour l'acheteur public.

35. Une situation de dépendance peut également résulter d'une gestion inadéquate des droits de propriété intellectuels relatifs à une solution. Lorsqu'un acheteur public ne détient pas les droits de propriété intellectuels ou d'usage nécessaires, il peut se trouver contraint de rester lié au fournisseur initial qui les détient, ou de financer le développement d'une nouvelle solution pour pouvoir changer de prestataire. Il est donc important d'anticiper la question de la propriété intellectuelle dès la planification.

36. Enfin, une identification insuffisante des besoins et/ou des solutions susceptibles d'y répondre peut entraîner l'exclusion injustifiée de soumissionnaires pourtant capables de satisfaire ceux-ci, ce qui réduit inutilement la concurrence.

Risques concurrentiels : réduction injustifiée du nombre de participants	
Bonnes pratiques	**A proscrire**
➢ Définir de manière claire, objective et fonctionnelle les besoins en se concentrant sur la fonction à remplir ou le résultat attendu plutôt que sur un produit/service spécifique Ex : besoin d'un outil permettant l'impression Ex : besoin de solutions permettant de garantir une certaine température à l'intérieur de bureaux	➢ Définir des besoins par rapport à des produits ou services spécifiques Ex : besoin d'une imprimante de marque HP, modèle XYZ120 Ex : besoin d'un système de chauffage ou de refroidissement d'un certain type ➢ Se reposer sur les spécifications des exigences précédentes sans effectuer de nouvelle analyse des besoins

[36] La faible interopérabilité signifie que la solution ne peut pas facilement fonctionner avec d'autres systèmes.

➢ Envisager les alternatives potentielles, leur faisabilité et leur coût – cela peut déboucher sur l'autorisation d'offres comportant des variantes dont des solutions alternatives innovantes ➢ Explorer différentes solutions de substitution (fournitures, services ou travaux) dans un but d'innovation	➢ Se limiter à une seule solution ou approche technique quand il existe différentes solutions/approches techniques ➢ Exclure d'office des alternatives viables sans les analyser → frein à l'innovation

IV.1.2 Comment effectuer une analyse de marché ?

37. L'analyse ou la prospection de marché constitue une étape clé de la planification des marchés publics. Elle permet à l'acheteur public de mieux appréhender le secteur concerné avant le lancement d'une procédure de passation en recueillant des informations sur les produits et services existants, leurs caractéristiques techniques, les fournisseurs actifs ou potentiels, la structure des prix et les évolutions récentes du marché.

38. Cette démarche contribue à réduire les asymétries d'information entre l'acheteur public et les opérateurs économiques.[37] À défaut, certaines entreprises pourraient être tentées de tirer parti de leur meilleure connaissance du marché pour influencer la conception du marché public, au détriment de la concurrence.

39. La prospection de marché permet également de mieux définir les besoins, d'identifier les solutions existantes et de concevoir des marchés favorables à la concurrence et à l'innovation, tout en évitant des clauses, spécifications et/ou critères susceptibles de restreindre inutilement la concurrence.

40. La conduite d'une telle analyse peut toutefois s'avérer chronophage et mobiliser des ressources importantes, surtout pour les acheteurs de petite taille ou confrontés à des délais de passation contraints. Il convient dès lors de trouver un équilibre entre la nécessité de mener une étude suffisamment approfondie pour concevoir un marché pertinent et conforme aux besoins, et l'impératif de respecter le calendrier de passation.

41. Dans la mesure du possible, l'acheteur public peut s'appuyer sur l'expérience acquise lors de procédures antérieures, ou encore sur les enseignements tirés par d'autres acheteurs publics[38]. Cependant, lorsque la technicité, la complexité du marché et/ou le manque de ressources internes le justifient, il peut être opportun de recourir à des experts indépendants, à des organismes publics et/ou privés, ou de mener une consultation ciblée d'opérateurs économiques.

42. Dans le cas de marchés complexes, l'acheteur peut soumettre son cahier spécial des charges à la lecture critique de plusieurs opérateurs économiques représentatifs. Cette étape permet d'identifier d'éventuels biais techniques, d'évaluer la pertinence des spécifications et de garantir une concurrence effective. Les échanges avec plusieurs opérateurs économiques permettent d'affiner le cahier spécial des charges et d'éviter qu'il soit fait « sur-mesure » pour une entreprise en particulier. Ces échanges permettent également de mieux estimer les prix du marché, de calibrer le budget et de disposer d'une base de comparaison pour l'analyse ultérieure des offres et la détection de comportements anticoncurrentiels.

43. Enfin, lorsque des opérateurs économiques consultés participent ensuite à la procédure de passation, l'acheteur public doit préserver l'égalité de traitement entre candidats, en prenant

[37] C'est-à-dire l'inégalité entre les informations dont disposent les acheteurs publics et les opérateurs économiques. Cette asymétrie désavantage généralement les acheteurs publics.
[38] Par exemple, centralisées dans une base de données interne propre à l'acheteur public (voir **point IV.5.2**).

des mesures appropriées[39], telles que la diffusion à l'ensemble des candidats des informations échangées lors de la consultation préalable[40] ou l'allongement du délai de soumission des offres afin de neutraliser tout avantage concurrentiel potentiel.

[39] Articles 51 et 52 de loi sur les marchés publics.

[40] A cet égard, il est recommandé de centraliser l'ensemble des informations recueillies lors de la consultation dans un rapport interne dont les éléments non-confidentiels pourraient être communiqués à l'ensemble des soumissionnaires via e-procurement.

Questions types pour appuyer la prospection de marché[41]		
Catégorie	**Questions à se poser**	**Pourquoi l'information est-elle utile ?**
Produits/services concernés par le marché public	Les produits/services concernés par le marché public sont-ils : • homogènes (aucune différence en termes de caractéristiques ou de qualité, le prix étant le seul critère de choix) ? • différenciés (caractéristiques différentes, qualité variable) ? • sujets à l'innovation ? Y-a-t-il eu des évolutions récentes (ex : nouvelles technologies, etc.) ? Quel est le cycle de vie des produits/services ?	Comprendre l'offre disponible et définir adéquatement les besoins
Structure du marché	• Nombre d'acteurs ? • Marché fragmenté ou concentré ? • Ordre de grandeur (valeur/volume) ? • Dimension géographique du marché (local, national, européen) ? • Barrières à l'entrée (ex : règlementations nationales, licences, etc.) ?	Identifier le niveau de concurrence qui existe sur le marché de produits/services concernés et les risques de monopole. L'analyse de la situation concurrentielle permet à l'acheteur d'identifier s'il doit faire preuve d'une vigilance particulière face à d'éventuels risques de coordination entre entreprises, notamment lorsque le marché est concentré et comporte peu d'acteurs
Fournisseurs	• Quels sont les fournisseurs existants ? • Quels sont les fournisseurs potentiels et les nouveaux entrants ? • Taille et parts de marché des fournisseurs existants ? • Zone d'activité géographique ? • Capacités techniques des fournisseurs ? • Condamnation à des pratiques restrictives de concurrence ?	Évaluer le nombre de participants au marché public et leurs capacités
Prix et pratiques commerciales	• Quels sont les niveaux de prix habituels ? • Quelles sont les remises couramment appliquées ?	Estimer le budget et adapter la stratégie d'achat

[41] Ce tableau ne constitue pas une liste exhaustive des informations devant figurer dans une analyse de marché. Par ailleurs, les contraintes du calendrier de passation peuvent aussi impliquer de devoir adapter l'étendue de l'analyse de marché et de se focaliser uniquement sur certains éléments clés (produits/services concernés et leurs caractéristiques , fournisseurs).

	• Prix stables ou variables ?	
Marchés publics précédents	• Procédures utilisées ? • Nombre de soumissionnaires et nombre d'offres reçues (et leur prix) ? • Incidents lors de la procédure de passation ? • Comportements suspects éventuels ?	Aider à choisir la procédure la plus appropriée quand plusieurs options sont possibles. Être attentif à certains comportements suspects qui se sont produits par le passé, éviter de reproduire les mêmes erreurs.
Caractéristiques générales du secteur	• Présence d'associations professionnelles facilitant les contacts réguliers entre entreprises ? • Fréquence des réunions/événements en son sein ?	Être attentif aux risques de coordination entre les entreprises. La présence d'associations professionnelles n'est pas en soi problématique. Elles peuvent toutefois faciliter les interactions entre les entreprises et, dans certains cas, offrir un cadre propice à l'échange d'informations commercialement sensibles entre concurrents notamment sur leurs intentions de soumission à un marché public.

Ressources clés pour une analyse de marché pertinente
➢ **SPF Stratégie et Appui (BOSA)** : Fiche pratique co-rédigée par le SPF BOSA et l'OCDE concernant la prospection dans les achats publics : https://bosa.belgium.be/nl/themas/overheidsopdrachten/marktkenniscentrum/marktconsultatie ➢ **Base de données interne à l'acheteur public** qui permette d'isoler des informations sur les opérateurs économiques, marchés ou produits de procédures précédentes (ex : offres soumises, comportements suspects éventuels, condamnations éventuelles, retours d'expérience des participants sur les procédures de passation etc. Voir **point IV.5.2**). ➢ **Autres acheteurs publics :** partage d'expériences et d'informations utiles sur les marchés concernés et les opérateurs économiques. ➢ **Associations professionnelles** : notamment les fédérations sectorielles et la Fédération des entreprises de Belgique (FEB), qui fournissent des analyses, des statistiques et des tendances du marché. ➢ **Consultation préalable de différents acteurs** : experts indépendants, organismes publics ou privés, entreprises. ➢ **Sites internet des autorités de concurrence** : les décisions des autorités de concurrence (Commission européenne ou autorité nationale) accessibles via leurs sites internet contiennent généralement des informations détaillées sur les marchés, les acteurs du marché et la dynamique concurrentielle. Il est aussi possible d'effectuer des recherches sur la base du nom des entreprises concernées pour avoir un aperçu des condamnations éventuelles. Voir le site de la Commission européenne : https://competition-cases.ec.europa.eu/search

et de l'Autorité belge de la concurrence : https://www.abc-bma.be/fr/decisions

- **Observatoire des prix**: peut constituer une source précieuse pour l'analyse des tendances tarifaires ou encore le fonctionnement de certains marchés de biens et services en Belgique:

  https://economie.fgov.be/fr/propos-du-spf/organisation/observatoires/observatoire-des-prix

- **Bureau fédéral du Plan** : le BFP publie, par thème, une série de bases de données contenant des données historiques ou des résultats de projection :

  https://www.plan.be/fr

- **Statbel** : l'Office belge de statistique collecte, produit et diffuse des chiffres fiables et pertinents sur l'économie, la société et le territoire belges. Ces données sont classées par thème et sont accessibles via le site web de Statbel :

  https://statbel.fgov.be/fr/themes

- **Banque Nationale de Belgique (« BNB »)** : la BNB mène de très nombreux travaux de recherche et des études dans le domaine économique et financier :

  https://www.nbb.be/fr/publications-et-recherche

- **Banque Carrefour des entreprises (« BCE ») :** reprend toutes les données de base des entités enregistrées et de leurs unités d'établissement :

  https://economie.fgov.be/fr/themes/entreprises/banque-carrefour-des

- **Autres informations publiquement disponibles (internet, presse, etc.)**

IV.2 Optimisation de la conception pour plus de concurrence

IV.2.1 Objet, spécifications techniques, critères de sélection et d'attribution

44. Lorsque l'acheteur public a bien mené sa planification (**point IV.1**), il dispose des éléments nécessaires pour concevoir un marché public favorisant la concurrence. Dans le cadre de cette conception, l'acheteur public doit garder à l'esprit l'objectif de favoriser la participation la plus large possible, en attirant des opérateurs de tailles variées. Il lui appartient, dans la mesure du possible, de simplifier les procédures afin de réduire les coûts de participation pour les entreprises et de prévoir un délai suffisant pour la préparation des offres, condition essentielle à une concurrence effective.

45. La conception du marché public comprend ainsi la définition de son objet et de ses spécifications techniques, la détermination des critères de sélection et d'attribution, ainsi que le choix de la procédure de passation la plus appropriée.

IV.2.1.a L'objet du marché

46. L'objet du marché est déterminant pour garantir une mise en concurrence effective. Pour attirer un maximum d'opérateurs économiques, il doit être défini de manière claire, précise et objective. Une formulation inadéquate, trop restrictive ou ambiguë peut dissuader, voire exclure, des soumissionnaires pourtant qualifiés.

47. Bien qu'un marché public unique puisse sembler plus simple à organiser, le découpage en lots, lorsqu'il est pertinent au regard de la nature ou l'objet du marché, peut renforcer la concurrence et encourager la participation d'entreprises innovantes, notamment de PME et de start-ups. Il permet en effet d'adapter la taille des marchés publics aux capacités de ces acteurs, souvent porteurs de solutions nouvelles. De plus, cette stratégie permet de réduire le risque de dépendance à un fournisseur unique[42], même dans des secteurs dominés par quelques acteurs majeurs, notamment en imposant des limites au nombre de lots pouvant être attribués à un même soumissionnaire.

Recommandations concernant l'objet du marché public

- Décrire l'objet du marché de manière claire, précise et objective ;
- Pour les marchés publics successifs :
  - Éviter, dans la mesure du possible, une trop grande prévisibilité en termes de quantité, contenu et/ou de calendrier ;
  - Préférer des marchés moins fréquents mais de plus grande envergure avec des quantités/contenus différenciés.

Recommandations concernant l'allotissement[43] :

- Eviter de structurer les lots de manière à refléter le nombre exact d'entreprises présentes sur le marché → d'où l'importance de la prospection de marché pour avoir une bonne connaissance du secteur (voir **point IV.1.2**) ;
- Eviter, dans la mesure du possible, de créer des lots de valeur équivalente ;

[42] Voir notamment la Communication de la Commission du 6 juillet 2021, Orientations sur la passation de marchés de solution innovantes, p.28.

[43] Voir notamment la fiche publiée par l'OCDE sur l'allotissement au regard de la concurrence (2018), disponible ici: OCDE-checklist-for-protecting-competition-when-splitting-contracts-into-lots.pdf).

- Veiller, dans la mesure du possible, à ce que le nombre de lots soit inférieur au nombre attendu de participants et supérieur, d'au moins une unité, au nombre de contrats en cours[44] ;
- Restreindre le nombre de lots qu'un soumissionnaire peut remporter.

IV.2.1.b Les spécifications techniques, critères de sélection et d'attribution

48. Les marchés publics peuvent présenter d'importantes barrières à l'entrée, en raison notamment des investissements initiaux élevés qu'ils requièrent et des coûts associés à la préparation et à la soumission des offres.

49. Au risque de décourager les opérateurs économiques, en particulier les PME ou les opérateurs économiques étrangers, il est important que les spécifications techniques, les critères de sélection et les conditions d'attribution soient non seulement clairs, précis, complets, mais également proportionnés à l'objet du marché. Ces exigences doivent rester objectives, transparentes, et non-discriminatoires. Il en va de même pour les modalités permettant aux candidats de démontrer qu'ils satisfont aux critères requis. Dans la mesure du possible, les acheteurs publics devraient éviter toute complexité excessive des procédures de passation, afin de ne pas freiner la participation. La clarté et la simplicité des marchés favorisent leur ouverture et leur efficacité.

50. Les acheteurs publics disposent toutefois d'une certaine flexibilité pour élaborer des spécifications techniques, des critères de sélection et d'attribution permettant d'ouvrir les marchés publics à une diversité d'opérateurs économiques, dans le but de favoriser la concurrence et d'atteindre d'autres objectifs, notamment en matière environnementale, sociale ou d'innovation[45]. Il existe à cet égard différents outils développés au niveau européen[46] et national, destinés à aider les acheteurs publics qui souhaitent se lancer dans une politique d'achat socialement responsable[47].

---

[44] A. Sanchez Graells, "Prevention and Deterrence of Bid Rigging : A Look from the New EU Directive on Public Procurement" in G. Racca et C. Yukin (eds.), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p.187

[45] Le cadre juridique européen relatif aux marchés publics reconnait ce potentiel – voir le considérant 95 de la directive 2014/24/UE. Il est prévu de renforcer ce cadre en introduisant des critères de durabilité plus explicites, notamment pour les secteurs stratégiques. Voir à cet égard les actions concrètes définies dans la pacte pour une industrie propre de la Commission européenne : https://commission.europa.eu/topics/eu-competitiveness/clean-industrial-deal_fr. Certains auteurs estiment qu'en droit belge, l'article 7bis de la Constitution constitue un fondement sérieux pour considérer que, de manière générale, les acheteurs publics sont tenus d'acheter durablement. L. Ceci, K. Polet, A. Van Kerckhove, « Existe-t-il une obligation générale d'acheter durablement ? Analyse de la conception et de l'attribution des marchés publics au regard de l'article 7bis de la Constitution », *Chronique des marchés publics 2023-2024*, p.543.

[46] Voir les critères et exigences en matière de « *green procurement* » établis au niveau européen : https://green-business.ec.europa.eu/green-public-procurement/gpp-criteria-and-requirements_en

[47] Le gouvernement flamand a développé un outil relatif aux marchés publics socialement responsables avec des exemples de critères pouvant être utilisés par les acheteurs publics : Over de tool - MVOO-criteriatool

Rappels des obligations légales applicables aux spécifications techniques, critères de sélection et d'attribution en vue de favoriser la concurrence[48]				
Catégorie	**Pratiques à proscrire**	**Exemples concrets**	**Risque(s)**	**Points d'attention en termes de concurrence**
Spécifications techniques (Art. 53 loi MP)	Spécifications inutiles ou excessives	Imposer des matériaux ou équipements spécifiques non-nécessaires	Réduction de la concurrence, barrière à l'entrée	Se limiter à ce qui est nécessaire en fonction de l'objet du marché. Favoriser les spécifications fonctionnelles en privilégiant ce qui est attendu en termes de résultat plutôt que la manière d'y parvenir → cela oblige les entreprises à se focaliser sur la qualité/la flexibilité/la créativité. Une formulation des spécificités techniques en termes d'exigences fonctionnelles permet l'ouverture du marché à la concurrence et promeut l'innovation[49].
	Spécifications taillées sur mesure pour un opérateur économique en particulier	S'inspirer du curriculum vitae d'un soumissionnaire pour rédiger les spécifications techniques Lancer un marché de fourniture de mobilier avec des dimensions ou caractéristiques tellement précises qu'elles correspondent exactement à l'offre d'un fournisseur déterminé	Favoritisme	Spécifications à définir en lien avec l'objet du marché, favorisant la participation d'opérateurs économiques diversifiés
	Mentionner une marque sans alternative ou des standards spécifiques à un fabricant	Exiger un véhicule d'une marque spécifique pour un marché relatif à un contrat de leasing d'un véhicule de service	Réduction de la concurrence, barrière à l'entrée	Autoriser les produits/services équivalents, de manière générale se focaliser sur les fonctions/résultats souhaités plutôt que sur un produit/service spécifique

[48] Ce tableau ne constitue pas une liste exhaustive des pratiques à éviter qui nuisent à la concurrence et des points à améliorer dans le domaine des spécifications techniques, des critères de sélection et des critères d'attribution des marchés publics.

[49] La CJUE a récemment rappelé que les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent pas, sans ajout de la mention *« ou équivalent »* préciser, dans les spécifications techniques d'un marché public de travaux, de quels matériaux les produits proposés par les soumissionnaires doivent être constitués, à moins que l'utilisation d'un matériau déterminé découle inévitablement de l'objet du marché, aucune alternative fondée sur une solution technique différente n'étant envisageable. Voir arrêt du 16 janvier 2025, *Dyka Plastics NV c. Fluvius System Operator CV*, C-424/23, EU:C:2025:15, § 62.

Rappels des obligations légales applicables aux spécifications techniques, critères de sélection et d'attribution en vue de favoriser la concurrence[48]				
Catégorie	**Pratiques à proscrire**	**Exemples concrets**	**Risque(s)**	**Points d'attention en termes de concurrence**
		Reproduire dans le cahier spécial des charges des spécifications consistant en des standards déterminés issus du guide technique d'un fabricant[50]		
Critères de sélection, exigences minimales et modes de preuve (Art. 71 loi MP; Art. 65 à 74 AR passation)	Exiger un chiffre d'affaires disproportionné	Exiger un chiffre d'affaires minimal supérieur au double de la valeur estimée du marché (sauf cas justifiés)[51] ou qui respecte ce seuil mais pourrait fortement réduire la participation au marché compte tenu des spécificités de celui-ci (notamment pour les marchés innovants)	Exclusion injustifiée des PME, barrière à l'entrée	Limiter les seuils au strict nécessaire, en lien avec l'objet du marché – ex : possibilité de prévoir un CA minimal équivalent au montant de l'offre pour favoriser la participation de PME porteuses de solutions innovantes, même si leur CA est inférieur à la valeur estimée du marché
	Critères de sélection "sur mesure" ou libellés de manière imprécise/vague	Exiger que les prestataires aient déjà réalisé des contrats dans le secteur éducatif spécifiquement avec des autorités publiques (ou une expérience équivalente), tout en imposant des exigences supplémentaires aux enseignants n'ayant jamais travaillé pour une administration publique	Favoritisme, barrière à l'entrée	Formuler les critères de manière objective, ne pas utiliser des critères de sélection qui confèrent un pouvoir discrétionnaire à l'acheteur (ex : exiger une expérience « pertinente » ou « des compétences et expériences appropriées » sans mettre en avant les éléments pouvant servir de point de comparaison ou de référence[52].

[50] Arrêt du Conseil d'Etat n°248.444 du 5 octobre 2020 dans lequel le Conseil d'Etat souligne que le fait d'exiger des standards à ce point précis conduit à favoriser les fournisseurs qui ont recours à des fabricants qui répondent à ces exigences et prive les autres fournisseurs d'un accès au marché, p. 17

[51] Art. 67, § 3 de l'arrêté royal relatif à la passation des marchés publics.

[52] Le compendium rédigé par le Service public régional de Bruxelles (SPRB) relatif à l'exercice de la tutelle administrative sur les actes des pouvoirs locaux bruxellois en matière de marchés publics (2020-2021) fournit de nombreux exemples « d'erreurs » à éviter dans la formulation des critères de sélection. Ce compendium est disponible via : https://pouvoirs-locaux.brussels/exercice-de-la-tutelle-administrative-sur-les-actes-des-pouvoirs-locaux-bruxellois-en-matiere-de

Rappels des obligations légales applicables aux spécifications techniques, critères de sélection et d'attribution en vue de favoriser la concurrence[48]				
Catégorie	**Pratiques à proscrire**	**Exemples concrets**	**Risque(s)**	**Points d'attention en termes de concurrence**
	Interdire le cumul d'expérience ou de solvabilité dans le cadre d'une joint venture lorsque la soumission conjointe est autorisée	Refus de cumul des solvabilités individuelles des membres d'une joint venture pour l'exigence de solvabilité	Discrimination contre les consortiums/joint ventures, barrière à l'entrée	Accepter le cumul si l'objet du marché le permet
	Imposer une forme juridique spécifique	Exiger une SA ou SPRL sans justification	Discrimination non justifiée, barrière à l'entrée	Interdire sauf disposition légale contraire
	Critères de nationalité, langue, siège social ou territoire	Exiger que le prestataire soit une entreprise belge	Réduction de la concurrence, barrière à l'entrée pour des opérateurs économiques étrangers, infraction du droit européen	Ne pas inclure ce type de critères, permettre à des opérateurs économiques étrangers de participer pour plus de concurrence, notamment si l'analyse de marché indique l'existence d'un seul fournisseur en Belgique
	Exiger un certificat prouvant le statut juridique/capacités économiques sans accepter d'équivalent	Refus d'un certificat qualité alternatif	Barrière à l'entrée	Autoriser les équivalents et veiller à réduire la charge administrative dans la mesure du possible notamment pour éviter de dissuader les plus petites entreprises de participer (PME, start-ups)
	Exiger une assurance disproportionnée	Assurance requise sans lien avec la valeur du marché	Barrière à l'entrée	Exiger des montants raisonnables et justifiables, en lien avec la valeur du marché
Critères d'attribution (Art. 81 loi MP)	Se limiter au critère du prix lorsqu'il est possible de prendre en considération d'autres critères tels que le	Aucun critère lié à la performance/qualité Attribuer un marché pour des véhicules de service uniquement sur la base du	Réduction de la concurrence/innovation Possible exclusion d'opérateurs	Intégrer des critères qualitatifs objectifs Le fait de n'utiliser que le prix comme critère d'attribution dans certains marchés limite fortement les chances de stimuler l'innovation, sauf si le critère

Rappels des obligations légales applicables aux spécifications techniques, critères de sélection et d'attribution en vue de favoriser la concurrence[48]				
Catégorie	**Pratiques à proscrire**	**Exemples concrets**	**Risque(s)**	**Points d'attention en termes de concurrence**
	rapport qualité/prix, en particulier dans les marchés innovants ou durables	prix peut exclure certains types de véhicules plus chers à l'achat mais offrant de meilleurs résultats en termes de consommation/énergie verte	économiques innovants pouvant offrir de meilleures performances Peut faciliter la soumission concertée	d'attribution s'accompagne de spécifications techniques fonctionnelles et/ou de variantes permettant de proposer des solutions alternatives innovantes[53]. Privilégier d'autres critères (coût, rapport qualité/prix) ou adapter les spécifications techniques si le critère prix est choisi, dans les marchés où il peut être pertinent d'encourager l'innovation (ex : marchés où l'impact sociétal, environnemental ou technologique est fort et où les besoins évoluent plus vite que les solutions traditionnelles)
	Accorder sans raison un poids excessif à certains critères	Favoriser des éléments moins liés à la qualité ou au prix sans que ce ne soit justifié par rapport à l'objet du marché	Peut favoriser certains opérateurs économiques en place	Pondérer de façon équilibrée et pertinente les critères d'attribution

[53] Communication de la Commission européenne, Orientations sur la passation de marchés de solutions innovantes, 6 juillet 2021, p.41.

IV.2.2 Type de procédure de passation

51. En raison de leurs caractéristiques et de leur fonctionnement, certaines procédures de passation de marchés publics peuvent influencer la concurrence.

52. Les procédures en deux phases en constituent un premier exemple, étant donné qu'elles limitent le nombre de soumissionnaires potentiels. En effet, seuls les opérateurs économiques sélectionnés lors d'une première phase sont autorisés à soumettre une offre. Par ailleurs, l'acheteur public a la possibilité de limiter le nombre de candidats sélectionnés qui pourront soumissionner, ce qui peut réduire davantage la diversité des offres.

53. De même, certaines procédures telles que la procédure négociée sans publication préalable (PNSPP) et la procédure de passation des marchés publics à faibles montants se distinguent par l'absence de publication d'un avis de marché. Dans ces cas, l'acheteur public assure la mise en concurrence en contactant des opérateurs économiques pour les inviter à participer au marché public qu'il organise. L'efficacité de cette mise en concurrence dépend alors du nombre d'opérateurs invités à participer ou encore de la diversité des acteurs invités. Une mise en concurrence trop restreinte peut conduire à une situation de dépendance à l'égard d'un fournisseur (« *vendor lock-in* »), réduisant ainsi la capacité de l'acheteur public à négocier ou à contrôler l'infrastructure, la qualité des prestations et les prix pratiqués[54].

54. Toutefois, ces procédures présentent aussi des avantages car elles permettent de favoriser l'accès de plus petits acteurs ou d'opérateurs locaux aux marchés publics, de soutenir l'économie de proximité et d'offrir une plus grande flexibilité aux acheteurs publics pour les besoins simples, urgents ou de faible envergure.

55. Enfin, certaines procédures, de par leur fonctionnement ou les règles qui les encadrent, peuvent réduire le degré d'incertitude qui devrait normalement exister entre les soumissionnaires quant à leurs intentions et stratégies respectives. Une telle réduction de l'incertitude peut accroitre le risque de coordination entre concurrents et rendre le marché public plus vulnérable à des pratiques de *bid rigging*. Ce risque se manifeste notamment dans les procédures comportant des négociations qui prévoient plusieurs tours d'offres entre l'offre initiale et l'offre finale, en particulier celles permettant à l'acheteur public, par dérogation au principe de la confidentialité, de communiquer avec l'accord écrit du soumissionnaire concerné, certaines informations confidentielles transmises par ce soumissionnaire à d'autres participants[55].

Recommandations en vue du choix de la procédure de passation la plus favorable à la concurrence **Important** : la prospection de marché (**point IV.1.2**) permet d'identifier les caractéristiques du marché des biens ou des services concernés – notamment le nombre d'acteurs présents et la dynamique concurrentielle - et donc de pouvoir sélectionner la procédure la plus appropriée lorsque plusieurs options sont possibles.	
Procédure	**Recommandations**
Ouverte	➢ Recourir à cette procédure chaque fois que c'est possible car c'est la plus favorable à la concurrence

[54] Cour des comptes, Marchés publics fédéraux, synthèse des audits 2023-2024, décembre 2024, p. 17.
[55] Article 13, § 1, alinéa 2 de la loi sur les marchés publics.

Restreinte	➢ A utiliser avec précaution dans les marchés où le nombre d'entreprises est limité et où le risque de coordination est plus élevé, même si elle peut aussi présenter certains avantages (notamment la réduction des coûts et délais d'évaluation des offres pour l'acheteur, la possibilité de stimuler la qualité des offres en concentrant la concurrence entre un nombre plus restreint d'opérateurs)
Procédures caractérisées par l'absence de publication d'un avis de marché PNSPP[56], marché public à faible montant	➢ La pratique généralement admise est d'inviter minimum 3 opérateurs mais l'idéal est d'en inviter plus en fonction du secteur et du nombre de fournisseurs potentiels ➢ Eviter de faire toujours appel aux mêmes opérateurs ➢ Inviter, dans la mesure du possible, des opérateurs de différentes catégories (PME, grandes entreprises, etc.) ➢ Ne pas communiquer conjointement avec l'ensemble des soumissionnaires potentiels.
Procédures permettant les négociations ou le dialogue[57]	➢ S'assurer, lorsqu'il y a une phase de sélection, qu'elle n'élimine pas inutilement des opérateurs économiques potentiellement intéressants ➢ S'assurer que le déroulement des négociations n'a pas un impact négatif sur le degré d'incertitude nécessaire à un marché concurrentiel en étant attentif aux informations que l'acheteur public communique aux opérateurs économiques (voir **point IV.5.1**) et aux comportements suspects des participants ➢ Appliquer avec prudence la dérogation au principe de la confidentialité permettant de communiquer certaines informations confidentielles transmises par un soumissionnaire avec son accord écrit dans certaines procédures avec négociation[58] → une analyse au cas par cas est de rigueur, en fonction des caractéristiques du marché (voir **point IV.5.1**)

IV.3 Vigilance lors de la soumission des offres et de leur évaluation

56. La phase de soumission des offres s'étend du lancement du marché public à son attribution. Durant cette période, l'acheteur public vérifie les critères de sélection et contrôle la régularité des offres et des prix proposés. Cela implique une évaluation minutieuse, impartiale et objective des offres, effectuée dans le respect du principe d'égalité de traitement et sur la base des critères de sélection et d'attribution établis dans les documents du marché.

IV.3.1 Comment minimiser les risques de coordination avant la soumission des offres ?

57. Afin de réduire les risques de *bid rigging*, l'acheteur public doit, en amont de la remise des offres, instaurer des conditions garantissant l'absence de contact entre les soumissionnaires.

[56] Procédure négociée sans publication préalable
[57] Procédure concurrentielle avec négociation (PCAN), dialogue compétitif, partenariat d'innovation, procédure négociée directe avec publication préalable (PNDPP).
[58] Article 13, § 1, alinéa 2 de la loi sur les marchés publics.

Cette précaution vise à empêcher toute tentative de coordination susceptible de fausser la concurrence.

Comportement à proscrire :

- Créer des opportunités de rencontre ou d'échange informel entre les participants

  <u>Exemple</u> : réunir tous les participants potentiels lors de séances communes de questions-réponses une fois que les documents du marché ont été publiés ; organiser une visite de site commune lorsqu'il est possible de recevoir les entreprises séparément ; communiquer conjointement avec tous les soumissionnaires potentiels à un appel d'offre, notamment par e-mail.

- Favoriser implicitement un soumissionnaire (pression ou traitement préférentiel).

Il est recommandé de :

- Insérer des clauses « anti-cartel » dans les documents du marché suivant lesquelles l'acheteur public rapportera tout comportement suspect et tout indice d'entente à l'Autorité. Par exemple :

  « *Tout accord ou pratique concertée entre opérateurs économiques visant à fausser le jeu de la concurrence, notamment en :*

  - *s'accordant sur le contenu des offres ;*
  - *se répartissant les marchés ;*
  - *ou en s'abstenant volontairement de soumissionner afin de favoriser un autre candidat,*

  constitue une pratique anticoncurrentielle au sens des articles IV.1 du Code de droit économique (CDE) et 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), susceptible de donner lieu à l'imposition d'une amende pouvant atteindre jusqu'à 10% du chiffre d'affaires total mondial des entreprises concernées. Ce type de pratique est également sanctionné pénalement de peines d'emprisonnement et d'amende.

  L'acheteur public se réserve le droit de signaler sans délai à l'Autorité de la concurrence tout comportement ou indice de collusion constaté au cours de la procédure de passation et de prendre les mesures nécessaires.

  Les participants sont invités à déclarer, dans leur offre, qu'ils ont pris connaissance des obligations en matière de concurrence et qu'ils s'engagent à ne pas adopter de comportement anticoncurrentiel dans le cadre du présent marché. »

- prévoir, dans le cahier spécial des charges, que chaque question relative au marché public peut être posée de manière anonyme sur le forum relatif à la publication du marché public (e-procurement), afin d'assurer une diffusion des informations pertinentes à l'ensemble des entreprises participantes ;

- faire preuve de vigilance lors des visites de site : si une visite est nécessaire, chaque soumissionnaire devrait être reçu séparément dans la mesure du possible. Lors des visites de site individuelles, il est également recommandé de consigner par écrit toutes les questions et informations transmises lors de la visite afin de pouvoir les transmettre en temps utile aux autres entreprises participantes ou de demander aux entreprises de poser leurs questions uniquement via le forum en ligne (e-

procurement). Ainsi tous les participants auront accès aux mêmes informations dans le respect du principe d'égalité de traitement ;

- faire signer une déclaration sur l'honneur lors de la remise des offres stipulant que les soumissionnaires ne sont pas autorisés à communiquer de quelque manière que ce soit avec d'autres soumissionnaires au sujet du marché pour lequel ils remettent offre.

IV.3.2 Quels sont les signaux d'alerte à surveiller lors de l'évaluation des offres ?

58. Lors de l'évaluation des offres, l'acheteur public doit faire preuve d'une vigilance accrue afin de s'assurer que celles-ci ont été élaborées et soumises en toute indépendance, sans concertation entre les entreprises soumissionnaires, ni abus d'une potentielle position dominante. Ce contrôle est essentiel pour détecter d'éventuels indices de soumission concertée (ex. : offres de couverture, des retraits d'offres coordonnés, des systèmes de rotation, des répartitions de marché, des ententes sur les prix, voir **point III.2.2.b**) ou d'abus de position dominante (ex. : prix excessif ou prédateur, voir **point III.2.3.c**).

59. Certains comportements ou schémas suspects en lien avec la soumission des offres doivent alerter les acheteurs publics sur la potentielle existence d'une soumission concertée ou d'un abus de position dominante, en particulier[59]:

Aperçu des principaux signaux d'alerte en lien avec les offres	
Catégorie	**Signal d'alerte**
Schémas de soumission	Ce sont toujours les mêmes entreprises qui soumissionnent, qui remportent ou perdent les marchés
	Certaines entreprises soumettent des offres qui ne sont gagnantes que dans certaines zones géographiques
	Le nombre d'offres soumises est plus bas que ce qui pourrait être attendu compte tenu de la situation concurrentielle sur le marché
	Des entreprises qui en temps normal soumissionnent régulièrement ne remettent pas d'offre pour un marché, bien qu'elles continuent de le faire pour d'autres marchés
	Certaines entreprises soumissionnaires retirent fréquemment leur offre ou de manière inattendue
	Certaines entreprises soumissionnent toujours sans jamais remporter le marché
	Les entreprises semblent remporter le marché à tour de rôle
	Deux ou plusieurs entreprises concurrentes soumissionnent conjointement alors qu'au moins l'une

[59] A noter que les signaux repris dans le tableau ne constitue pas une liste exhaustive.

	d'elles aurait pu le faire individuellement et est raisonnablement en mesure d'exécuter le marché seule[60]
	Une entreprise remet une offre sur la base d'un prix anormal et ne fournit pas de justification ou fournit une justification insatisfaisante de son prix mais se retrouve ultérieurement sous-traitante de l'entreprise ayant remporté le marché (voir **point IV.4.1** pour plus d'informations concernant les comportements suspects en lien avec la sous-traitance)
	Certaines offres sont sommaires et inhabituellement incomplètes ou non-conformes aux spécifications définies dans le marché
Prix des offres soumises	Hausse soudaine et identique des prix des offres, sans explication liée à une hausse des coûts ou des prix de marchés
	Suppression inattendue ou réduction significative de remises tarifaires initialement prévues ou habituellement proposées
	Stabilité des prix sur une longue période, alors que les conditions de marché ont évolué
	Alignement des prix alors qu'ils différaient auparavant
	Prix des offres reçues diffèrent dans la même mesure pour de nombreux postes de prestations (ex : de % arrondis)

[60] Le consortium (ou groupement de soumissionnaires) est un groupement momentané de deux ou plusieurs entreprises dans le but de mettre des ressources en commun en vue de la réalisation d'un projet en commun. Dans les marchés publics, c'est l'hypothèse où deux ou plusieurs entreprises présentent une offre conjointe. Le consortium n'est pas une pratique interdite et elle peut, par ailleurs, s'avérer être une solution plus adéquate. Elle est par exemple susceptible de favoriser la participation de PME. Néanmoins, le consortium peut être utilisé par des entreprises pour couvrir une entente illégale faussant la concurrence sur le marché public envisagé. Un accord entre entreprises pour former un groupement de soumissionnaires ne restreindra pas la concurrence au sens des articles IV.1 CDE et 101 TFUE s'il permet aux entreprises de participer à un projet auquel elles ne pourraient pas prendre part seules. Dans ce cas, les entreprises ne sont ni concurrentes existantes, ni potentielles pour la mise en œuvre de ce projet. Cela peut être le cas lorsque les entreprises offrent des services différents complémentaires aux fins de la participation à la procédure d'appel d'offres ou lorsqu'elles opèrent sur le(s) même(s) marché(s) mais ne peuvent exécuter seules le projet (par son ampleur, sa complexité ou les ressources nécessaires). L'évaluation de la qualité de concurrent ou non des parties au groupement dépend des exigences de l'appel d'offres et des capacités réelles de chaque entreprise à exécuter le marché (taille, compétences, risques financiers, investissements requis, capacités actuelles et futures). Une simple possibilité théorique d'exécuter le marché seule ne suffit pas à les rendre concurrentes. S'il est impossible d'exclure que les parties à l'accord de groupement de soumissionnaires pourraient chacune participer individuellement à la procédure d'appel d'offres (ou si l'accord de groupement de soumissionnaires englobe plus de parties que nécessaire), il est possible que l'offre conjointe restreigne la concurrence au sens de l'article 101, § 1 TFUE. Cela peut être le cas même si une seule des parties à l'accord est capable de soumissionner individuellement. Voir le point 5.4 « Groupement de soumissionnaires » des lignes directrices du 21 juillet 2023 de la Commission européenne sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopérations horizontale, *JO* C 259 du 21.7.2023, pp. 1–125. Le sujet du groupement de soumissionnaires au regard du droit de la concurrence fera également l'objet d'une publication ultérieure par l'Autorité, compte tenu des questions spécifiques qu'il soulève et qui dépassent le cadre du présent guide.

	Estimation de coûts identiques et/ou irréalistes pour certains postes
	Ecarts de prix réguliers et répétitifs entre les offres d'un marché à l'autre
	Différences significatives dans les prix offerts par le même soumissionnaire pour un contrat donné par rapport à un autre contrat similaire
	Diminution significative du prix des offres suite à l'apparition d'un nouveau soumissionnaire ou d'un soumissionnaire peu fréquent
	Soumission de prix largement supérieure à l'estimation initiale du marché
	Des entreprises soumissionnaires locales proposent des prix plus élevés pour des livraisons locales par rapport à des destinations plus éloignées
	Coûts de transport similaires indiqués par des entreprises locales et non locales
	Des soumissionnaires utilisent la présomption de l'article 36, §4 (AR du 18 avril 2017) pour écarter un soumissionnaire qui refuse de prendre part à une soumission concertée ; ils présentent des offres globales d'un montant plus élevé ce qui a pour effet de faire apparaître l'offre globale du soumissionnaire récalcitrant comme anormalement basse, nécessitant de ce fait qu'il justifie son prix[61]
Documentation fournie avec les offres	La documentation soumise par les entreprises soumissionnaires dans les offres contient des erreurs identiques (ex : de calcul, d'orthographe, de forme/format)
	Les offres de différentes entreprises ont la même mise en page, la même police de caractères ou utilisent des formulaires ou un papier identiques
	Il existe manifestement un lien entre les soumissionnaires : ex : adresses, personnel, numéros de téléphone communs, format/metadata similaires (p.ex. adresses IP d'envoi

[61] Conformément à l'article 36, §4 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics, lorsqu'un marché de travaux ou de services relevant d'un secteur sensible à la fraude est passé par procédure ouverte ou restreinte, et que l'attribution repose uniquement sur le prix, le pouvoir adjudicateur doit examiner toute offre dont le montant total est inférieur d'au moins 15 % à la moyenne des offres reçues, à condition qu'au moins quatre offres aient été déposées.
Il en va de même lorsque l'attribution se fonde sur le meilleur rapport qualité-prix, pour autant que le critère du prix représente au moins 50 % du total des critères d'évaluation. Dans ce cas, le pouvoir adjudicateur peut toutefois fixer, dans les documents du marché, un seuil d'écart supérieur à 15 %. Le prix global étant considéré comme anormal sur la base de ce calcul, l'opérateur économique concerné doit se justifier. Etant donné la complexité de l'analyse du caractère normal/anormal du prix et de la difficulté à justifier des prix, l'offre d'un opérateur peut être écartée pour un prix anormal alors qu'en réalité, ce sont les autres soumissionnaires, parties à l'entente, qui se sont entendus sur le prix à proposer pour pouvoir écarter le soumissionnaire récalcitrant.

	identiques, documents de différents soumissionnaires créés par le même auteur ou en même temps)
	Les offres de différentes entreprises contiennent un grand nombre de devis identiques pour certains articles
	Les documents de différentes entreprises ont subi de nombreuses modifications de dernière minute, notamment par effacement ou autre altération matérielle.
	Les documents de différentes entreprises sont moins détaillés qu'il serait nécessaire ou qu'on pourrait s'y attendre, ou donnent d'autres indications selon lesquelles ils ne sont pas authentiques
Comportements/déclarations des soumissionnaires	Référence verbale ou écrite à un accord entre soumissionnaires (ex : lors d'événements organisés dans le secteur, « bruits de couloir » au sein de l'acheteur public)
	Les entreprises se réunissent en toute discrétion avant de soumissionner
	Des représentants d'entreprises concurrentes, occupant des postes stratégiques ou commerciaux (ex : CEO, CFO, CCO, Key Account Managers, responsables marketing, etc.), entretiennent des contacts réguliers sans justification opérationnelle claire
	Une entreprise transmet son offre/dossier et ceux d'un concurrent
	Plusieurs soumissionnaires demandent les mêmes renseignements ou envoient des demandes/documents similaires parfois concomitamment

Etudes de cas n°6 et 7 :

- **Arrêt du Conseil d'Etat du 9 janvier 2018, n°240.360 :**

Deux sociétés liées, appartenant au même groupe et ayant des administrateurs communs, ont chacune introduit une offre auprès de la Sambrienne, via la même personne physique. Plusieurs indices ont révélé une absence d'indépendance entre les offres :

- prix globaux et unitaires strictement identiques pour tous les lots (en ce compris pour la totalité des postes du métré récapitulatif) ;
- délais d'exécution identiques ;
- documents similaires sur le fond et la forme (ex. : métré récapitulatif, liste des sous-traitants).

Ces éléments ont conduit à l'exclusion des deux offres sur base de l'article 5, §2, 1°, de la loi sur les marchés publics (voir **point V**).

- **Arrêt du Conseil d'Etat du 2 avril 2025, n°262.874 :**

Dans un marché public de travaux divisé en deux lots, deux sociétés appartenant au même groupe ont déposé une offre chacune pour un des lots. Si rien n'empêchait ces entreprises

de soumissionner séparément pour les deux lots, elles devaient le faire en toute indépendance. Or plusieurs éléments laissaient clairement apparaître une coordination étroite dans l'élaboration des offres :

- Dépôt des offres via e-procurement par une même personne de contact utilisant la même adresse email ;
- Présentation formelle des offres identiques (mise en page, police, numérotation, annexes, procurations similaires signées le même jour par la même entité, surlignage identique dans certaines annexes, même mention « néant » dans un addendum) ;
- 23 postes du métré présentaient des prix unitaires identiques au centime près ;
- Erreurs matérielles identiques dans le calcul de la TVA sur plusieurs postes ;
- Recours aux mêmes sous-traitants avec des attestations de formation identiques ;
- Liste des 24 sous-traitants identique pour les deux offres ;
- La même personne a assisté à la visite du chantier au nom des deux entreprises.

Ces éléments tant formels que matériels ont été considérés suffisants pour conclure à une planification concertée des offres et pour justifier une décision d'écarter ces offres sur cette base (voir **point V**).

IV.3.3 Que faire en présence de ces signaux d'alerte ?

60. Les signaux d'alerte repris ci-dessus ne constituent pas en tant que tels une preuve de pratique anticoncurrentielle mais peuvent, en combinaison avec d'autres éléments, faire partie d'un faisceau d'indices qui peut établir l'existence d'une telle pratique[62]. L'acheteur public doit prendre certaines précautions afin d'assurer la traçabilité des éléments suspects et, le cas échéant, faciliter l'intervention de l'Autorité (voir **point V**) .

IV.4 Suivi du marché public et de son exécution

61. Une fois le marché public attribué, il est essentiel que l'acheteur public assure un suivi attentif de son exécution pour vérifier que les prestations sont réalisées conformément aux conditions convenues en matière de prix, de qualité et de délais. Ce suivi garantit la bonne utilisation des fonds publics, tout en permettant de détecter et de corriger d'éventuels manquements contractuels. Il contribue également à préserver l'intégrité concurrentielle du marché, en aidant à repérer des comportements suspects ou à risques (ex : sous-traitance suspecte, coordination entre fournisseurs dans le cadre d'un marché public passé sous la forme d'un accord-cadre conclu avec plusieurs entreprises).

IV.4.1 La sous-traitance suspecte

62. La sous-traitance est une pratique courante et autorisée dans les marchés publics[63]. Elle offre à l'entreprise adjudicataire une plus grande flexibilité dans l'exécution du marché et constitue

[62] L'autorité de concurrence doit en principe établir les éléments de preuve propres à démontrer à suffisance de droit, l'existence des faits constitutifs d'une infraction au droit de la concurrence, au moyen de preuves précises et concordantes. Elle peut toutefois se baser sur un faisceau d'indices, qui apprécié globalement, réponde à ces exigences de preuve. Les cartels dans le cadre de marchés publics se déroulent souvent de manière clandestine, ce qui implique que l'existence d'une telle pratique doit être inférée d'un certain nombre de coïncidences et d'indices considérés ensemble. Voir CJUE, Arrêt du 16 juin 2011, *Solvay/Commission* , T-186/06, EU:T:2011:276, §§ 93 et suivants.

[63] En matière de sous-traitance, la liberté est le principe et la restriction l'exception, voir notamment CJUE, 14 juillet 2016, *Wrocław – Miasto na prawach powiatu*, C-406/14, EU:C:2016:562, point 33. A noter toutefois qu'au stade de la phase de passation du marché, pour les marchés de travaux, de services et les travaux de pose et d'installation dans le cadre d'un marché de fournitures, l'acheteur public peut, en vertu de la règlementation, exiger que certaines tâches essentielles soient effectuées directement par l'adjudicataire lui-même (voir Art. 78, al. 3, et 150, §2, de la loi marchés publics)

sur le plan de la concurrence, un outil pour favoriser l'accès des PME, qui ne disposent pas toujours des capacités nécessaires pour soumissionner seules.

63. Dans certaines circonstances, la sous-traitance peut toutefois masquer des pratiques anticoncurrentielles, notamment lorsqu'elle intervient dans le cadre ou à la suite d'une soumission concertée. Elle peut alors servir à :

- compenser une entreprise qui n'a pas soumissionné alors qu'elle était en mesure de le faire ;
- récompenser une offre de couverture ;
- ou encore redistribuer le marché en dehors des mécanismes de mise en concurrence.

64. En outre, la sous-traitance peut également constituer un canal d'échanges d'informations sensibles entre entreprises, notamment lorsqu'elles coordonnent leurs stratégies de réponse à un marché public[64]. De tels échanges d'informations, même intervenant dans le cadre d'une collaboration apparente, sont susceptibles de restreindre la concurrence.

65. Les pratiques reprises ci-dessus faussent le processus de passation et peuvent aboutir à une détérioration de la qualité des prestations faisant l'objet du marché, si le sous-traitant désigné ne dispose pas des compétences ou des moyens requis. Il est donc crucial de croiser l'analyse de la sous-traitance avec les comportements observés des soumissionnaires au stade de la soumission des offres (voir **point IV.3.2**).

Quels sont les signaux d'alerte auxquels être attentif en matière de sous-traitance ?

- L'entreprise adjudicataire du marché sous-traite systématiquement à une entreprise dont l'offre n'a pas été retenue ou qui ne soumet jamais d'offre malgré une capacité apparente à le faire ;
- L'entreprise dont l'offre a été retenue refuse finalement le marché mais devient ensuite sous-traitante de la nouvelle entreprise adjudicataire ;
- Une entreprise initialement écartée, par exemple pour une offre de prix anormal, non justifiée ou volontairement insuffisamment justifiée, devient par la suite sous-traitante de l'entreprise adjudicataire.

Que faire pour minimiser les risques liés à la sous-traitance suspecte ?

- **Inclure des clauses spécifiques à la sous-traitance dans les documents de marché et exiger plus de transparence vis-à-vis de l'acheteur public:**

  Exemple : *imposer aux soumissionnaires de déclarer les sous-traitants envisagés*[65] *dès l'introduction de leur offre dans la mesure du possible ; demander des informations sur (i) l'identité des sous-traitant envisagés, (ii) les prestations qu'ils exécuteront, (iii) leur part estimée dans le marché; (iv) exiger l'autorisation de l'acheteur public en cas de recours à d'autres sous-traitants que ceux identifiés*[66].

- **Contrôler les modifications postérieures à l'attribution du marché**

[64] Décision de l'Autorité française de la concurrence n° 21-D-05 du 4 mars 2021 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la gestion technique des bâtiments de Lille métropole communauté urbaine

[65] Dans l'hypothèse des sous-traitants à la capacité desquels le soumissionnaire ne fait pas appel en termes de sélection qualitative.

[66] Dans l'hypothèse où ce n'est pas déjà une obligation légale.

Exemple : surveiller les changements de sous-traitants en cours d'exécution du marché, surtout s'ils concernent des anciens soumissionnaires évincés ou des non-participants

- **Analyser les comportements récurrents**

  Exemple : identifier et lister les entreprises sous-traitantes récurrentes qui ne soumissionnent jamais directement ; être attentif à la répétition des mêmes partenariats entreprise adjudicataire/sous-traitant notamment si l'un des deux avait participé à la procédure initiale

- **Surveiller les écarts de prix ou de qualité**

  Exemple : vérifier si le recours à la sous-traitance est lié à un prix anormalement bas ou élevé (notamment lorsque le sous-traitant est un ancien soumissionnaire dont l'offre a été écartée en raison d'un prix anormal volontairement non-justifié ou justifié de manière volontairement insatisfaisante) ; vérifier si la qualité des prestations livrées par le sous-traitant est conforme aux exigences du cahier des charges

- **Répertorier et croiser les données de plusieurs marchés publics**

  Exemple : mettre en place une base de données interne à l'acheteur qui permette d'assurer un suivi historique des offres et des sous-traitants pour tous les marchés publics organisés par l'acheteur public ; analyser les schémas récurrents et les coïncidences suspectes (entreprises systématiquement sous-traitantes d'un même adjudicataire, rotation entre soumissionnaire principal et sous-traitant etc.) et en dresser la liste (voir **point IV.5.2**)

- **Signaler les éléments préoccupants à l'Autorité (voir point V)**

IV.4.2 Les ententes dans le cadre de l'exécution du marché public

66. Après l'attribution du marché, des ententes anticoncurrentielles peuvent émerger entre opérateurs économiques dans le cadre de l'exécution du marché. Ces pratiques peuvent notamment viser à :

- répartir les prestations entre entreprises, en particulier dans le cadre d'un marché public passé sous la forme d'un accord-cadre avec plusieurs entreprises ;
- échanger des informations commercialement sensibles ;
- modifier les conditions économiques initiales du marché (prix, délais, etc.) ;

Que faire pour minimiser les risques ?

- **Mettre en place une procédure interne de suivi des contrats** visant à s'assurer que les prestations sont exécutées conformément aux conditions convenues (prix, qualité, délai, spécifications techniques, etc.) ;
- **Redoubler de vigilance dans le suivi des marchés publics passés sous la forme d'accords-cadres**, lorsque les contrats sont attribués par passation de marchés successifs :
  - ➔ Analyser les tendances dans l'attribution des contrats, notamment l'existence de répartitions géographiques ou temporelles suspectes entre les entreprises parties à l'accord-cadre (voir en

particulier la décision relative à un cartel dans le cadre d'un marché public passé par Infrabel, **§ 16**) ;

➔ Sensibiliser le personnel en charge du suivi à l'importance de la confidentialité des informations stratégiques : ne pas divulguer d'éléments susceptibles de faciliter une répartition des commandes entre entreprises (ex : informations sur les marchés futurs notamment sur les produits, quantités précises et budgets estimés ou sur les prix proposés par les concurrents) ;

➔ Eviter toute manifestation de préférence pour un fournisseur dans le cadre de commandes spécifiques, afin de garantir une concurrence équitable entre les parties à l'accord-cadre.

- **Mettre en place une base de données interne à l'acheteur public qui permette de répertorier et croiser les données de plusieurs marchés publics** pour identifier les schémas récurrents (voir **point IV.5.2**)
- **Signaler les éléments préoccupants à l'Autorité (voir point V)**

IV.5 Autres recommandations générales en faveur d'une bonne gouvernance dans les marchés publics

67. Outre les recommandations spécifiques applicables à certaines étapes du processus de passation des marchés publics (voir **points IV.1 à IV.4**), les acheteurs publics peuvent également prendre en considération les recommandations transversales suivantes :

IV.5.1 Assurer un juste équilibre entre transparence et confidentialité

IV.5.1.a Renforcer la transparence à certaines étapes clés pour élargir la participation et garantir l'intégrité du processus de passation

68. La transparence dans le cadre des marchés publics se réfère au principe selon lequel il convient d'assurer un degré de publicité adéquat permettant à la fois une ouverture effective du marché à la concurrence et un contrôle objectif de l'impartialité des procédures, garantissant l'absence de favoritisme ou d'arbitraire de la part de l'acheteur public (voir **point III.1**)[67].

69. Concrètement, tout acheteur public devrait garantir un certain degré de transparence conformément aux obligations de publicité prévues par la législation sur les marchés publics[68]:

- si un avis de pré-information est utilisé au stade préparatoire du marché, il devrait être publié via la plateforme e-procurement ;
- les appels à la concurrence effectués via la publication d'un avis de marché devraient être systématiquement publiés via e-procurement. Même dans les procédures négociées sans publication préalable où aucun avis de marché n'est publié, la plateforme e-procurement devrait être utilisée pour consulter les opérateurs économiques et recevoir les offres ;
- les avis d'attribution (même s'il s'agit d'une version simplifiée[69]) devraient également être systématiquement publiés via e-procurement ;

[67] CJUE, arrêt du 13 juin 2024, C-737/22, *BibMedia*, EU:C:2024:495, § 31.
[68] Art. 14 de la loi sur les marchés publics.
[69] Pour les marchés publics inférieurs aux seuils européens.

- la publication de ces documents/informations doit être effectuée avec diligence et au bon emplacement, afin d'assurer la qualité des données enregistrées via la plateforme e-procurement. Ces données constituent une source précieuse pour la détection et la poursuite de possibles infractions au droit de la concurrence dans les marchés publics.

70. Un renforcement ciblé et proportionné de la transparence pourrait être envisagé, en assurant, au moment opportun et à certaines étapes clés du processus de passation, la divulgation d'informations pertinentes[70]. Cette approche contribuerait à élargir la participation des opérateurs économiques et, de ce fait, à accroître la concurrence, en particulier dans les secteurs où l'innovation est recherchée.

Exemples de mesures possibles :

- *Publication d'informations issues de l'analyse de marché*

La publication d'un rapport de synthèse non-confidentiel présentant les principaux constats de l'analyse de marché réalisée par l'acheteur pourrait mieux informer les opérateurs économiques sur les besoins identifiés et les tendances observées, réduisant ainsi les asymétries d'information entre opérateurs économiques. Une telle mesure pourrait stimuler la concurrence en encourageant de nouveaux entrants à participer aux futurs marchés.

- *Diffusion élargie des avis de pré-information et de marché*

Les avis de pré-information et de marché pourraient être diffusés au-delà de la plateforme e-procurement, notamment :

- sur des sites spécialisés dans le secteur concerné ;
- via des bulletins d'informations professionnels ;
- sur des forums en ligne sectoriels ;
- sur les réseaux sociaux professionnels ;
- à l'occasion d'événements professionnels (congrès, salons, foire commerciale etc.).

Cette approche peut s'avérer pertinente pour favoriser la participation des PME et start-ups innovantes, parfois peu familières avec les canaux classiques de publication des documents de marché mais susceptibles de proposer des solutions nouvelles[71]. Pour les acheteurs publics, promouvoir leurs marchés est essentiel pour obtenir davantage d'offres, avantageuses et de qualité.

IV.5.1.b Eviter une transparence excessive susceptible de nuire à la concurrence

71. Les recommandations précédentes en matière de transparence doivent être conciliées avec l'impératif de protéger les secrets d'affaires et autres informations confidentielles reçues de la part des soumissionnaires. En effet, une transparence excessive peut, en réduisant

[70] Voir les recommandations de l'OCDE sur la transparence dans les marchés publics, OECD (2025), Implementing the OECD Recommendation on Public Procurement in OECD and Partner Countries: 2020-2024 Report, *op. cit.*, pp. 22-23. Le rapport indique notamment qu'il serait possible d'accroître la transparence dans la phase précédant la soumission des offres et suivant l'attribution, grâce à la divulgation, sous une forme adaptée, des consultations préliminaires du marché, des rapports d'évaluation et audits finaux qui sont encore rarement publiés.

[71] Communication de la Commission européenne du 6 juillet 2021, Orientations sur la passation de marchés de solutions innovantes, *op. cit.*, p. 29.

l'incertitude sur les comportements attendus des soumissionnaires, faciliter la collusion entre entreprises concurrentes, notamment dans les marchés concentrés caractérisés par un nombre limité d'entreprises.

72. Il importe donc de trouver un juste équilibre entre les exigences en matière de transparence et la nécessité de protéger les informations confidentielles dont la divulgation pourrait nuire au bon fonctionnement de la concurrence (voir **point III.1**). A cet égard, les recommandations générales ci-après visent à orienter les acheteurs publics à différents stades du processus de passation, notamment dans l'application leurs obligations légales en matière de transparence et de confidentialité (art. 13 de la loi sur les marchés publics).

Autorité belge de la Concurrence

Synthèse des principes et des recommandations en matière de confidentialité		
Principes de base		
Stade de la procédure de passation	**Informations à ne pas communiquer en vertu de la règlementation MP**	**Recommandations**
A tout moment	Ne pas communiquer des informations confidentielles des soumissionnaires (*Art. 13, § 2 loi MP*), à savoir : ➢ **Les secrets d'affaires** (voir *Art I.17/1 CDE*): il s'agit d'informations concernant une entreprise qui répondent aux conditions suivantes : a) elles sont secrètes en ce sens que, dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exacts de leurs éléments, elles ne sont pas généralement connues des personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre d'informations en question, ou ne leur sont pas aisément accessibles ; b) elles sont secrètes car elles ont une valeur commerciale ; c) elles ont fait l'objet, de la part de la personne qui en a le contrôle de façon licite, de dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, destinées à les garder secrètes. *Exemple : informations techniques, financières relatives au know-how d'une entreprises ; méthodologie d'évaluation des coûts, parts de marché, liste de clients etc.*	Compte tenu de la difficulté pour un acheteur public à déterminer ce qui relève d'une information confidentielle, il est recommandé d'inclure dans le cahier spécial des charges une exigence explicite invitant chaque soumissionnaire à identifier précisément les éléments de son offre qu'il souhaite voir traités de manière confidentielle, en renvoyant aux orientations de la Commission européenne à ce sujet[72]. De cette manière, les acheteurs publics seront en mesure d'identifier plus facilement les éléments confidentiels des offres à ne pas communiquer, conformément à l'Art. 13, § 2 loi MP. Les acheteurs publics restent tenus de préserver la confidentialité des informations, quand bien même les soumissionnaires n'auraient pas indiqué que leurs offres contenaient de tels éléments. Il est recommandé d'adopter une approche prudente sur la confidentialité des offres dès le départ. En effet, il est toujours possible de fournir davantage d'informations sur la base d'une demande d'accès motivée. A l'inverse, si des informations confidentielles sont divulguées par erreur, les conséquences en sont difficilement réparables.

[72] Voir notamment les §§ 18-24 de la Communication de la Commission européenne relative à la protection des informations confidentielles par les juridictions nationales dans les procédures de mise en œuvre des règles de concurrence de l'Union européenne, *JO* 22 juillet 2020, C 242, p. 4 ; Directive (UE) 2016/943 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, *JO L 157* du 15.6.2016, p. 1-18.

	➢ **Les autres informations confidentielles** : il s'agit d'informations autres que les secrets d'affaires dont la divulgation causerait un préjudice important à une personne ou à une entreprise. Ce type d'information est spécifique à chaque cas, cela peut s'appliquer à des informations provenant de tiers sur des entreprises qui sont capables de mettre une importante pression économique ou commerciale sur les concurrents ou sur leurs partenaires commerciaux ou fournisseurs.	
Avant la prise de décision (sélection, qualification, régularité des offres, attribution/renonciation d'attribuer)	Ne pas communiquer certains documents relatifs à la procédure de passation (demandes de participation ou de qualification, offres et documents internes de l'adjudicateur) tant qu'aucune décision relative à la sélection, la qualification, la régularité des offres, l'attribution du marché ou la renonciation à celui-ci n'a été prise (*Art 13, § 1er alinéa 1er première phrase loi MP)*.	Même après la prise de décision concernée, l'obligation de ne pas divulguer d'informations confidentielles d'un soumissionnaire reste d'application (ex : contenu de l'offre) – (*Art. 13 § 2 loi MP*)

Particularités et points d'attention

Stade dans la procédure de passation	Informations à communiquer/pouvant être communiquées en vertu de la règlementation MP	Recommandations
Ouverture des offres	**<u>PV d'ouverture</u>** : - contenu minimal défini par *l'art. 84 AR passation* : • l'identité du soumissionnaire (n° d'identification de l'entreprise/nom des soumissionnaires ; domicile/siège social) • la personne ayant signé le rapport de dépôt électronique de l'offre - à qui le PV peut-il être communiqué via e-procurement[73]? • l'ensemble des utilisateurs de la plateforme ; • uniquement les soumissionnaires ;	**Il est recommandé de ne pas communiquer le PV d'ouverture des offres, même si le rapport au Roi de l'art. 84 AR passation prévoit la possibilité de le communiquer à l'ensemble des utilisateurs de la plateforme e-procurement ou uniquement aux soumissionnaires.** La règle qui prévaut est que l'acheteur public ne peut donner accès à certains documents relatifs à la procédure de passation (notamment les demandes de participations/qualification, les offres ou documents internes du pouvoir adjudicateur) aussi longtemps qu'il n'a pas pris de décision à cet égard. En vertu de cette règle, il n'est en principe pas permis de communiquer les noms et le classement des soumissionnaires au stade de l'ouverture des offres car cela pourrait

[73] Le Rapport au Roi de l'art. 84 de l'AR passation prévoit en effet trois possibilités de divulgation des informations contenues dans le PV d'ouverture des offres lorsqu'il est fait usage de la plateforme e-procurement. Il existe une contradiction entre le Rapport au Roi de l'art. 84 AR passation et l'art. 13, § 1er alinéa 1er première phrase de la loi sur les marchés publics. Le passage du Rapport au Roi de l'art. 84 de l'AR passation qui traite des modes de divulgation des informations contenues dans le PV d'ouverture des offres n'est plus en phase avec les modifications législatives apportées en 2024 à l'article 13 de la loi sur les marchés publics.

	• pas de communication **<u>Classement individuel provisoire</u>** : *Art. 13, § 1er, alinéa 1er, deuxième phrase loi MP*-communication du classement individuel et provisoire à chacun des soumissionnaires, à l'occasion ou immédiatement après l'établissement du PV d'ouverture des offres, dans certains types de marchés : - valeur estimée < au seuil de publicité européenne ; - passés selon la procédure ouverte ou restreinte ; - l'offre économique la plus avantageuse exclusivement déterminée sur la base du critère du prix ; - le marché ne porte pas sur un secteur présentant un risque accru d'ententes.	accroître les risques d'ententes anticoncurrentielles ou d'influences indues des opérateurs économiques sur le processus décisionnel[74]. **La communication du classement provisoire individuel doit se faire avec prudence** : - en aucun cas le nom et le classement des autres soumissionnaires ne doivent être communiqués, conformément aux obligations légales ; - l'Autorité relève que, dans certaines configurations de marché caractérisées par un nombre limité d'entreprises détenant des parts de marché significatives, la communication du classement individuel provisoire pourrait permettre au soumissionnaire concerné de déduire la position de ses concurrents. Une telle communication pourrait encourager la conclusion ou le maintien d'ententes entre soumissionnaires visant à fausser la concurrence et faciliter le contrôle ou la sanction du non-respect de telles ententes. *<u>Exemple</u> : un marché public relatif à des services informatiques hautement spécialisés pour lesquels très peu d'entreprises sont techniquement capables de soumissionner et qui détiennent ensemble l'intégralité du marché. La communication du classement individuel provisoire permettrait facilement aux entreprises de déduire la position de leurs concurrents et celles-ci pourraient être tentées de se répartir le marché. A l'inverse lorsque le marché comporte de nombreux acteurs, le fait de connaitre son classement individuel provisoire a un impact concurrentiel plus limité.*
Avant la prise de décision dans certaines procédures permettant les négociations (PCAN, PNDPP, dialogue compétitif ou partenariat d'innovation)	**<u>Informations confidentielles d'un soumissionnaire</u>** : *Art. 13, § 1er alinéa 2 loi MP* → possibilité de communiquer certaines informations confidentielles d'un soumissionnaire moyennant son accord écrit. Doit être lu à la lumière de *l'art 7/1 de l'AR passation* → vise principalement les informations relatives au déroulement et à	Cette disposition, lorsqu'elle trouve à s'appliquer, doit être mise en œuvre avec prudence. Même en présence de l'accord explicite du soumissionnaire concerné, la divulgation d'informations confidentielles, notamment des éléments détaillés d'une offre, soulève des préoccupations en droit de la concurrence. Elle peut, en particulier, accroître les risques de collusion entre opérateurs économiques.

[74] Voir les commentaires de la loi du 22 décembre 2023 modifiant la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, en ce qui concerne l'accès des PME, p.26, disponible ici : https://www.lachambre.be/FLWB/PDF/55/3609/55K3609001.pdf. Voir également la réponse du Premier Ministre du 2 avril 2025 à la question n°8 de Monsieur le député Steven Coenegrachts du 3 mars 2025, QRVA 56 010, 7 avril 2025, p. 111, disponible ici : https://www.dekamer.be/QRVA/pdf/56/56K0010.pdf

	l'avancement des négociations ou du dialogue avec les soumissionnaires ou participants	Une analyse, au cas par cas, du type d'informations dont il est question et à la lumière des caractéristiques du marché, est requise. Cette disposition peut toutefois présenter un intérêt dans certains marchés innovants, par exemple lorsqu'une entreprise propose une nouvelle solution que l'acheteur public estime opportun de tester dans le cadre des négociations avec les autres soumissionnaires – l'information doit rester limitée et circonscrite à un morceau de la solution proposée. *Exemple : marché public lancé sous la forme d'un dialogue compétitif pour concevoir un système intelligent de gestion de la circulation urbaine, utilisant l'IA. Avec l'accord d'un candidat, il pourrait être nécessaire de partager une version test anonymisée de son algorithme auprès des autres candidats, afin qu'ils puissent vérifier la compatibilité et adapter leurs solutions pour garantir, par exemple, l'interopérabilité avec cet algorithme.*
Adoption de la décision d'attribution motivée	**Décision motivée d'attribution** communiquée à tout soumissionnaire dont l'offre n'a pas été choisie et au soumissionnaire retenu, comprenant notamment (*Art. 5 loi recours*[75]) : - les noms des candidats ou soumissionnaires ou participants; - les noms des candidats/soumissionnaires non sélectionnés et sélectionnés + motifs de droit et de fait justifiant leur sélection ou non ; - Les noms des soumissionnaires dont offre jugée irrégulière + motifs de droit et fait (ex : caractère anormal des prix) ; - Les noms des soumissionnaires retenus ou du/des participants retenus dans l'accord-cadre et des participants/soumissionnaires dont offre régulière n'a pas été choisie + motifs de droit et de fait, en ce compris les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue.	En droit de la concurrence, les informations relatives à la fixation des prix (et donc des prix des offres des soumissionnaires) sont généralement considérées comme sensibles sur le plan commercial. Leur divulgation peut influencer les stratégies commerciales ou faciliter des comportements anticoncurrentiels. Par conséquent, les acheteurs publics : ➢ **ne devraient pas divulguer les prix unitaires des offres dans la décision motivée d'attribution** ; ➢ devraient prudemment évaluer si la divulgation des prix globaux de l'ensemble des soumissionnaires, en plus de ceux de l'offre retenue ou de l'offre la plus élevée et la moins élevée[78], est réellement nécessaire aux fins de la motivation de la décision d'attribution. **Il est recommandé de ne pas divulguer l'ensemble des prix globaux des offres de manière systématique.**

[75] Loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions (« loi recours »).

[78] La valeur de l'offre ou des offres retenues ou de l'offre la plus élevée et de l'offre la moins élevée prises en considération pour l'attribution du marché sont des informations qui doivent figurer dans les avis d'attribution de marchés qui sont rendus publics et qui peuvent *a fortiori* être repris dans la décision motivée d'attribution. Voir Annexe 5 AR passation.

	Dans la décision motivée d'attribution, l'acheteur public exerce son devoir de motivation formelle de façon à fournir aux soumissionnaires des informations claires et suffisantes leur permettant de vérifier la légalité et la régularité de la décision d'attribution. Ce devoir implique donc la communication d'une série d'informations notamment sur les offres évaluées. Certaines informations peuvent ne pas être communiquées si leur divulgation pourrait nuire à des intérêts commerciaux légitimes ou à une concurrence loyale (*art. 10 loi recours*). Dans le cadre de l'interprétation du devoir de motivation formelle et des obligations de transparence incombant aux acheteurs publics, une certaine jurisprudence considère que les prix globaux des offres[76], à l'inverse des prix unitaires[77], ne constituent pas *ipso facto* des informations confidentielles (secrets d'affaires), de sorte qu'ils pourraient être communiqués aux soumissionnaires dans la décision motivée d'attribution.	Il est difficile de tirer une conclusion générale sur le caractère non-commercialement sensible des prix globaux des offres. Leur caractère stratégique dépend notamment (i) du type de produits/services concernés, (ii) de la structure du marché (nombre d'acteurs, niveau de concentration) et (iii) de la similitude de coûts entre opérateurs. **Une analyse <u>au cas par cas</u>** devrait être effectuée au regard des caractéristiques du marché, **<u>d'où l'importance d'une analyse de marché approfondie</u>** (voir **point IV.1.2**). ➢ **<u>Risque limité</u>** : dans un marché fragmenté avec de nombreux opérateurs aux structures de coûts hétérogènes, la communication des prix globaux présente généralement un risque concurrentiel faible car elle ne permet pas de déduire d'éléments sensibles tels que les marges ou coûts de personnel, ni de prédire le comportement futur de concurrents. La complexité et la diversité du marché rendent plus difficile les tentatives de coordination. ➢ **<u>Risque élevé</u>** : dans un marché concentré dominé par quelques entreprises aux coûts similaires, la divulgation des prix globaux peut créer une transparence excessive et réduire l'incertitude stratégique sur le marché. Les concurrents peuvent facilement déduire les marges et stratégies de leurs rivaux. Cette transparence facilite non seulement la coordination illicite entre concurrents mais aussi la surveillance et la stabilité d'un cartel, en permettant de détecter rapidement les comportements déviants et de les sanctionner. Ce risque est également présent lorsque les produits ou services concernés sont simples et présentent une structure de prix standardisée: la communication des prix globaux permet alors de reconstituer aisément la stratégie tarifaire des entreprises. ➢ **<u>Question clé</u>** : « *Dans le contexte spécifique du marché concerné, la communication des prix globaux des soumissionnaires dans la décision motivée d'attribution risque-t-elle de créer une transparence excessive susceptible de nuire à la concurrence* ? »

[76] C.E., 11 mai 2022, n° 253.720, Nipro Medical Europe. Voir aussi la doctrine à ce sujet : I. COOREMAN, K. PHLIPS, « Informatieverplichting van de aanbestedende overheid en openbaarheid van bestuur in het kader van de gunning van overheidsopdrachten » dans C. DE KONINCK e.a. (dir.), Jaarboek Overheidsopdrachten 2008-2009 / Chronique des Marchés Publics 2008-2009, Bruxelles, EBP Consulting, 2009, p. 491

[77] C.E., arrêt n° 263.043 du 23 avril 2025, SA Electrotechnique et mécanique Putman Frères.

		Si la divulgation des prix globaux est nécessaire pour des raisons de motivation et de transparence, il est toutefois recommandé, dans la mesure du possible, de : ➢ privilégier la diffusion de fourchettes de prix ou d'indicateurs approximatifs (proxies) plutôt que de montant exacts ; ➢ utiliser: • des références aux critères d'attribution et à leur pondération ; • des indications relatives (« prix plus élevé que », « classement dans le premier tiers ») plutôt que des valeurs chiffrées. *<u>Exemple</u> : Marché public pour la fourniture de matériel médical, critère prix (40%) et qualité technique (60%). Sur le critère prix (pondération 40%), l'offre de X a obtenu 36 points sur 40, ce qui la positionne dans le tiers le plus compétitif des offres reçues. L'offre retenue a obtenu la note maximale sur ce critère.* *Sur le critère qualité technique (pondération 60%), l'offre de X a obtenu 45 points sur 60 contre 55 points pour l'offre la mieux classée. Bien que l'offre de X présente un prix global compétitif, l'écart technique constaté sur les sous-critères « ergonomie » et « fiabilité » a conduit à un classement final en 2ème position.*

IV.5.2 La digitalisation et la centralisation des informations des marchés publics

73. L'efficacité des procédures de passation peut être améliorée via la digitalisation et la centralisation des informations relatives aux marchés publics, à toutes les étapes du cycle de vie des marchés publics. Une telle approche bénéficie tant aux entreprises soumissionnaires qu'aux acheteurs publics.

- **Du point de vue des entreprises soumissionnaires** : la centralisation des informations relatives aux marchés publics via la plateforme e-procurement[79] renforce la transparence et allège la charge administrative associée à la recherche et à l'obtention des documents du marché. Cela garantit un accès équitable à l'information, ce qui favorise une concurrence saine et ouverte.
- **Du côté des acheteurs publics** : se doter d'une base de données interne recensant l'ensemble des marchés publics passés, en complément des informations renseignées sur la plateforme e-procurement de manière correcte, complète et systématique, constitue un levier stratégique pour améliorer la gouvernance :
  - ➔ Cette base de données n'a pas besoin d'être techniquement complexe : un tableau de suivi annuel peut suffire, à condition qu'il reprenne toutes les informations clés : secteur concerné, valeur du marché, critères d'attribution, nombre et identité des entreprises soumissionnaires, descriptif des offres reçues et des éventuels prix anormaux, descriptif de l'offre gagnante, attribution du marché et motivations sous-jacentes. Cette base de données interne devrait également couvrir l'exécution du marché ainsi que les points d'attention éventuels, par exemple liés aux contrats conclus sur la base d'un accord-cadre ou à la sous-traitance, notamment lorsqu'un sous-traitant revient de manière récurrente (voir **point IV.4**). Un exemple de tableau de suivi (Excel) est fourni en **Annexe 1** au présent guide.
  - ➔ Une telle centralisation améliore non seulement la traçabilité des marchés publics mais permet aussi d'identifier plus rapidement des schémas répétitifs ou signaux susceptibles de révéler de possibles comportements anticoncurrentiels.
  - ➔ Elle favorise également les échanges d'informations[80] et la coopération entre acheteurs publics, dans une perspective de partage d'expériences, de données et de bonnes pratiques.

V. Comment réagir en cas de soupçons de pratiques anticoncurrentielles ?

74. Les acheteurs publics jouent un rôle central dans la détection des pratiques anticoncurrentielles dans les marchés publics. En tant qu'acteurs de première ligne, ils sont idéalement placés pour repérer les comportements suspects et en informer l'Autorité.

75. En collaborant avec cette dernière, les acheteurs publics contribuent non seulement à protéger leurs intérêts financiers - en garantissant un processus de passation concurrentiel et

[79] https://www.publicprocurement.be

[80] Sous réserve du respect des obligations légales découlant du Règlement Général sur la Protection des Données (« RGPD »).

efficace - mais permettent également à l'Autorité de mener les investigations nécessaires. Grâce à ses pouvoirs d'instruction, l'Autorité est en mesure d'établir des pratiques de soumission concertée que les acheteurs publics seraient incapables de démontrer par eux-mêmes[81]. Cette collaboration est donc mutuellement avantageuse : les acheteurs publics bénéficient de l'expertise et des prérogatives d'instruction de l'Autorité, tandis que celle-ci s'appuie sur leur vigilance pour cibler plus efficacement ses interventions et, le cas échéant, mettre fin aux pratiques illicites.

En cas de soupçons de pratique anticoncurrentielle, il est recommandé d'entreprendre les démarches suivantes :

- **Contacter sans délai l'Autorité :**
  - via la ligne d'alerte qui permet de communiquer un signalement, en ce compris de manière anonyme : https://www.abc-bma.be/fr/signaler-un-probleme-de-concurrence
    - Toutes les informations transmises seront traitées de manière confidentielle par l'Autorité ;
    - Après réception des informations, l'Autorité évaluera s'il existe un risque d'infraction – en cas d'indices sérieux, une enquête formelle pourra être ouverte.
- **Conserver l'ensemble des documents et informations liés au(x) marché(s) concerné(s)** (en particulier les procès-verbaux de l'ouverture des offres, noms des soumissionnaires, offres soumises, rapports d'attribution si le marché a déjà été attribué, etc.) ;
- **Rédiger un rapport interne détaillant l'ensemble des comportements observés, des anomalies constatées et de toute autre déclaration pertinente,** de manière à documenter précisément les faits susceptibles d'étayer les soupçons d'infractions, notamment lorsque des comportements suspects sont identifiés par différents services au sein de l'acheteur public ;
- **Ne pas divulguer ces soupçons aux entreprises soumissionnaires concernées, ni évoquer les contacts avec l'Autorité**.

76. Les soupçons de pratique anticoncurrentielle dont disposent les acheteurs publics peuvent constituer « *des éléments suffisamment plausibles pour conclure que le candidat ou le soumissionnaire a commis des actes, conclu des conventions ou procédé à des ententes en vue de fausser la concurrence, au sens de l'article 5, alinéa 2 de la loi relative aux marchés publics* »[82]. Sur la base de ces éléments, les acheteurs publics peuvent procéder à l'exclusion du soumissionnaire concerné, à tout stade de la procédure de passation. Les orientations ci-dessous visent à accompagner les acheteurs publics dans la mise en œuvre de ce motif d'exclusion.

La mise en œuvre du motif d'exclusion facultative basé sur l'existence d'éléments suffisamment plausibles pour conclure à des actes/ententes en vue de fausser la concurrence :

[81] Parmi les mesures d'instruction que l'Autorité peut prendre figurent notamment l'envoi de demandes de renseignements avec l'obligation légale de fournir les renseignements/documents demandés sous peine d'amende ; l'audition de représentants d'entreprises/employés ; les perquisitions.
[82] Art. 69, alinéa 1er, 4° de la loi sur les marchés publics.

- **Quel est le cadre juridique en lien avec le motif d'exclusion facultative basé sur des soupçons d'entente ?**
  - L'acheteur public a la **possibilité d'exclure** un soumissionnaire à tout moment de la procédure de passation sur la base d'éléments suffisamment plausibles d'acte/entente visant à fausser la concurrence (Art. 69, alinéa 1er, 4° de la loi sur les marchés publics) ;
  - Le soumissionnaire peut adopter des **mesures correctrices pour démontrer sa fiabilité** et fournir des preuves en ce sens, malgré l'existence du motif d'exclusion (Art. 70 de la loi sur les marchés publics).
  - Il s'agit d'un **motif d'exclusion facultative,** laissant à l'acheteur public un large pouvoir d'appréciation[83]. Le respect du contradictoire et le principe de proportionnalité doivent guider les acheteurs publics dans l'application de ce motif, en particulier lorsque le soumissionnaire propose des mesures correctrices. Une telle exclusion constitue en effet une mesure grave, fondée sur le comportement personnel du soumissionnaire concerné, de sorte qu'il doit se voir offrir la possibilité de fournir des explications et de faire valoir son point de vue avant que l'acheteur public ne prenne une décision définitive quant à son exclusion[84].
  - L'exclusion d'un soumissionnaire a pour effet de limiter la concurrence et les choix offerts à l'acheteur public → cette mesure doit être appliquée avec prudence, sur la base d'un **examen au cas par cas**.

- **Que constituent « *des éléments suffisamment plausibles* » pour conclure à une entente ?**
  - Une décision d'une autorité de concurrence ou judiciaire établissant les pratiques collusoires n'est pas requise → **des « *éléments suffisamment plausibles* » suffisent et n'équivalent pas à des preuves irréfutables de collusion**.
  - L'acheteur public doit apprécier tous les faits dont il a connaissance et qui pourraient mettre en cause la fiabilité du soumissionnaire concerné en tant que futur contractant.
  - Cette appréciation repose sur une analyse globale du comportement du/des soumissionnaire(s), du contenu et de la cohérence des documents accompagnant les offres, du prix des offres → voir **points IV.3.2 et IV.3.3** sur les signaux d'alerte pouvant constituer des éléments suffisamment plausibles en cas de faisceau d'indices concordants.

    ➔ ***Il est essentiel de consigner par écrit tous les faits susceptibles de constituer des éléments suffisamment plausibles d'entente, qu'ils proviennent des documents liés au marché ou d'éléments non-écrits (ex : comptes rendus de discussions et autres communications orales)***

- **Quelle mesure prendre en fonction du moment où les éléments apparaissent ?**

[83] Voir également à ce sujet la Communication de la Commission européenne sur les outils de lutte contre la collusion dans les marchés publics et orientations sur la manière d'appliquer le motif d'exclusion y relatif, JO C 91 du 18.3.2021, pp. 1–28
[84] Arrêt du Conseil d'Etat n°262.745 du 25 mars 2025 dans l'affaire A. 244.277/XIV-39.754, de BV T. c. Communauté flamande, point 15.

- **Le(s) soumissionnaire(s) concerné(s) s'est/se sont livrés par le passé à des pratiques de soumission concertée[85] :** par exemple, ils ont pu faire l'objet d'une décision d'une autorité de concurrence ou être impliqués dans des poursuites pénales ou des instructions en cours d'une telle autorité→ l'acheteur doit analyser attentivement les mesures correctrices prises par le soumissionnaire concerné :
  - reconnaissance de la participation à une entente ;
  - coopération avec les autorités de concurrence ;
  - paiement des amendes infligées ;
  - adoption de mesures internes pour rétablir la fiabilité de l'entreprise ;

  ➔ Dans ce cas, l'exclusion pourrait être disproportionnée car le soumissionnaire pourra généralement être considéré comme satisfaisant aux conditions des mesures correctrices prévues à l'article 70 de loi relative aux marchés publics.

- **Les éléments suffisamment plausibles pour conclure à une entente se rapportent à la procédure en cours (le marché n'a pas encore été attribué)[86]** : dans ce cas, l'acheteur public sera en principe tenu d'exclure le participant concerné en vertu de l'Art. 5, §2,1° de la loi sur les marchés publics, sous réserve du respect des garanties procédurales applicables. Les offres déposées par ces participants sont substantiellement irrégulières en vertu de l'article 76, §1 de l'AR passation et nulles et non-avenues.

- **Les éléments suffisamment plausibles pour conclure à une entente apparaissent en cours d'exécution du marché** (Art 5, § 2, 2° de la loi sur les marchés publics)[87]: l'acheteur public pourra prendre des mesures d'office (p. ex. : résiliation unilatérale du contrat, sanctions spécifiques applicables pour un entrepreneur de travaux, exclusion de la participation à ses marchés pour une période de trois ans) si, à un moment quelconque de l'exécution du marché, il constate que le titulaire a accompli des actes, conclu des accords ou pris des dispositions de nature à fausser les conditions normales de la concurrence[88].

➢ **Informer l'Autorité :**

- La réglementation relative aux marchés publics prévoit une obligation pour l'acheteur public d'informer l'Autorité uniquement lorsque l'acheteur public prend l'une des mesures d'office susmentionnées en cours d'exécution du marché[89]. Lorsque le motif d'exclusion facultative est appliqué en cours de procédure avant la conclusion du marché, une telle obligation d'information n'est pas prévue mais rien n'empêche l'acheteur public d'informer l'Autorité.
- Sans préjudice du pouvoir d'appréciation des acheteurs publics, **il est recommandé de prendre contact informellement le plus tôt possible avec l'Autorité en cas d'application du motif d'exclusion à tout stade de la procédure**.
- Une telle prise de contact informelle a vocation à :

[85] C. De Koninck, "Bid rigging bij overheidsopdrachten: detectie en bestrijding", *Overheidsopdrachten voor werken en private aannemingsovereenkomsten: capita selecta*, Anthemis, 2021, §§ 77-85.
[86] C. De Koninck, *op. cit.*, §§ 86-87.
[87] C. De Koninck, *op. cit.*, §§ 88-89.
[88] Art. 49 de l'arrêté royal établissant les règles générales d'exécution des marchés publics.
[89] Art 49, alinéa 2 de l'arrêté royal établissant les règles générales d'exécution des marchés publics.

- guider les acheteurs dans l'évaluation des éléments suffisamment plausibles d'entente → **d'où l'importance de consigner par écrit l'ensemble des faits susceptibles d'étayer ces éléments;**
- orienter les acheteurs dans le choix des mesures les plus appropriées en fonction du stade de la procédure de passation ;
- assurer la cohérence avec les éventuelles actions de l'Autorité → l'exclusion d'un soumissionnaire peut en effet inciter les opérateurs économiques concernés à détruire illégalement des éléments de preuve essentiels à l'établissement d'une infraction.

VI. Comment obtenir réparation du préjudice subi en cas d'infraction ?

77. Si l'Autorité constate l'existence d'une pratique anticoncurrentielle dans le cadre d'un marché public, l'acheteur public lésé par une telle pratique peut introduire une action en dommages et intérêts devant le tribunal de l'entreprise compétent, afin d'obtenir réparation intégrale du préjudice subi en raison de l'infraction constatée. Compte tenu du fait que les pratiques de *bid rigging* peuvent s'étaler sur une longue période et toucher des marchés publics d'une importance financière considérable, les conséquences pécuniaires des actions en dommages et intérêts engagées à ce titre peuvent être significatives.

78. De telles actions jouent un rôle dissuasif en décourageant les entreprises de se livrer à de telles pratiques et constituent un instrument essentiel au maintien d'une concurrence effective sur le marché.

Bon à savoir :

- Base légale : article XVII.72 CDE qui renvoie au droit commun, c'est-à-dire à l'article 6.30, Livre VI du Code civil (l'article 1382 de l'ancien Code civil) ;
- L'infraction commise dans le cadre d'un cartel (comme le *bid rigging*) est présumée causer un dommage (article XVII.73 CDE) ;
- Une décision définitive de l'Autorité constatant l'infraction ou, le cas échéant, un arrêt de la Cour des marchés confirmant cette infraction constituent la preuve de l'infraction aux fins d'une action en dommages et intérêts (article XVII.82, § 1 CDE) ;
- Une décision définitive constatant une infraction au droit de la concurrence prise dans un autre Etat membre de l'Union européenne par une autorité nationale de concurrence ou son instance de recours, est acceptée au moins en tant que début de preuve de cette infraction (article XVII.82, § 2 CDE) ;
- Les entreprises qui ont commis une infraction par un comportement conjoint sont solidairement responsables du dommage causé par cette infraction (article XVII.86 CDE) ;
- Le juge peut ordonner, sous peine d'amende, la production d'éléments de preuve détenus par l'entreprise mise en cause ou par l'autorité de concurrence concernée (article XVII.79 CDE) ;
- Si une infraction a provoqué des hausses de prix répercutées le long de la chaîne de distribution, les personnes ayant *in fine* subi le préjudice peuvent demander réparation. L'entreprise ne sera toutefois pas tenue d'indemniser son acheteur

direct lorsqu'elle démontre que celui-ci a répercuté tout ou une partie du surcoût sur ses propres acheteurs (articles XVII.83-85 CDE) ;

- Les délais de prescription de cinq ans pour intenter une action en dommages et intérêts commencent à courir le jour suivant celui où l'infraction a cessé et où le demandeur a eu – ou aurait raisonnablement dû avoir – connaissance[90] :
  - du comportement en cause et de son caractère illicite
  - du préjudice subi par l'infraction en cause
  - de l'identité de l'auteur de l'infraction.
- Les délais de prescription sont interrompus par tout acte d'une autorité de concurrence visant à instruire ou poursuivre l'infraction concernée. L'interruption prend fin le jour suivant celui où la décision constatant l'infraction devient définitive ou où la procédure est clôturée d'une autre manière (article XVII.90, § 2 CDE).

***

Pour toute demande ou complément d'informations relatifs à ce guide, le groupe de travail dédié aux marchés publics au sein de l'Autorité reste à votre disposition.

E-mail : procurement@bma-abc.be

Téléphone :+32 2 277 52 72

Courrier : City Atrium, 6e étage, Rue du Progrès 50, 1210 Bruxelles

Site web : www.abc-bma.be

[90] Pour les infractions continues ou répétées, il est considéré que l'infraction a cessé le jour où la dernière infraction a pris fin (article XVII.90, §1 CDE).

Annexe 1 : Exemple de tableau de suivi des marchés publics